COMMENTATIONES HISTORIAE IVRIS HELVETICAE

XVI





COMMENTATIONES HISTORIAE IVRIS HELVETICAE

curantibus

Felix Hafner
Andreas Kley
Victor Monnier
Stefan G. Schmid



In ædibus EJL / FJV
LOSANNÆ
Anno MMXVIII



Éditions juridiques libres (Freier juristischer Verlag)

Les Éditions juridiques libres (EJL | FJV) sont une maison d'édition juridique suisse fondée par un groupe de chercheurs en droit.

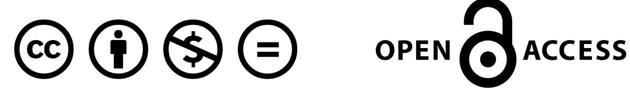
Sans but lucratif, les EJL publient des ouvrages scientifiques en allemand, français, italien et anglais à destination de tous les professionnels du droit suisse. Au sein de leurs collections, les EJL accueillent tout type d'ouvrage scientifique de qualité (monographie et thèse, ouvrage collectif, commentaire, revue, etc.), qu'il s'agisse des travaux de chercheurs indépendants ou issus d'institutions publiques de recherche.

Les ouvrages publiés aux EJL sont disponibles au format numérique, gratuitement et en intégralité (*open access*). Des exemplaires papier de leurs publications sont également disponibles au moyen d'un système d'impression à la demande.

Les EJL ont pour triple objectif d'améliorer l'accessibilité des publications juridiques, d'en réduire les coûts pour les institutions et les particuliers, ainsi que d'en améliorer le bilan écologique.

Toutes les publications des EJL | FJV sont en accès libre et gratuit sur

https://www.ejl-fjv.ch/



Editions Juridiques Libres (Freier Juristischer Verlag)

Lausanne 2018

ISBN 978-2-88954-010-5 (print)
ISBN 978-2-88954-011-2 (PDF)

PRÆFATIO EDITORUM

Wie auf dem Umschlag mitgeteilt, sind die *Commentationes Historiae Iuris Helveticae* ab der vorliegenden Nummer XVI kostenlos online verfügbar, und zwar auf unserer Website (www.chih.ch) oder auf der Website von Editions juridiques libres | Freier juristischer Verlag (www.ejl-fjv.ch/publications). Leserinnen und Leser, die ein gedrucktes Exemplar wünschen, können dieses zu einem günstigen Preis bestellen (www.ejl-fjv.ch; E-Mail: info@ejl-fjv.ch; Postadresse: Editions juridiques libres, 1000 Lausanne).

Sous cette nouvelle forme de publication, les *Commentationes* restent fidèles à leur contenu. En effet, présentées dans l'ordre chronologique, les contributions du présent volume couvrent un large éventail de thèmes, abordant différentes époques de l'histoire du droit. Elles débutent par l'histoire du droit de l'Egypte ancienne, se poursuivent avec le droit colonial français puis par l'évocation succincte de l'assassinat de Johann Joachim Winckelmann, les institutions suisses du XIXe siècle et se terminent au XXe par la présentation d'un projet de constitution de Max Imboden, ancien professeur de droit public et de droit administratif à Bâle. Nous sommes particulièrement satisfaits de réunir à nouveau dans ce cahier nos trois langues nationales.

Gli editori desiderano ringraziare la casa editrice Staempfli e Isabelle Clerc che ci ha permesso di lasciarli in ottime condizioni, in particolare permettendoci di mantenere la presentazione dei numeri precedenti. Essi ringraziano anche Adrien Vion per il suo aiuto e la sua accoglienza presso la casa editrice Editions Juridiques Libres. Gli editori ringrazia-

no altrettanto Marine Girardin e Arnaud Campi per il loro contributo nella realizzazione di questo fascicolo numero XVI, e tutti gli autori dei diversi articoli.

Felix Hafner Andreas Kley Victor Monnier Stefan G. Schmid

Tabula

COMMENTATIONES

Rita Gautschy *

Abgaben im alten Ägypten

1. Einführung

a. Abhängigkeit Ägyptens vom Nil

Ägypten wird sehr stark vom rund 1550 Kilometer langen Nil geprägt, der das Land von Süden nach Norden durchfliesst. Das mitunter nur wenige Kilometer breite Niltal bietet nahezu das einzige fruchtbare Land in Ägypten – abgesehen vom Fayum und einigen wenigen Oasen besteht der Grossteil des Landes aus Wüste. Die sich jährlich wiederholende Nilschwemme sorgte vor dem Bau des Staudamms bei Assuan dafür, dass ab ca. Anfang Juni das Wasser leicht zu steigen begann. Die Hochflutsaison setzte dann im Juli ein. Etwa ab Oktober erreichte der Nil wieder seinen normalen Pegelstand. Neben dem Wasser selbst war vor allem der dunkle Schlamm wichtig, der die überfluteten Felder düngte. Ein ausgeklügeltes System aus Deichen, Kanälen und Bassins ermöglichte, dass auch höher gelegene Felder bewässert werden konnten. Das ganze System reagierte jedoch sehr empfindlich auf den erreichten Höchstpegelstand des Nils: war die Schwellhöhe zu gering, blieben höher gelegene Bassins leer und somit auch die höher gelegenen Felder unbewässert, was zu Ernteausfällen und Hungersnöten führte. Andererseits bewirkte ein zu hoher Maximalpegelstand, dass Dämme und Häuser zerstört

* Privatdozentin für Altertumswissenschaften und Wissenschaftsgeschichte an der Universität Basel. Ich bedanke mich bei Urs Behnisch und Rainer Nutz für Kommentare und Anregungen zur Erstfassung dieses Manuskripts.

wurden. Der erreichte Höchststand des Nils wurde demnach bereits im 2. Jt. v. Chr. mithilfe sogenannter Nilometer regelmässig gemessen und aufgezeichnet.

b. Grundlagen der Wirtschaft im Alten Ägypten

Die Basis der altägyptischen Wirtschaft war die Landwirtschaft. Die Felder wurden von Bauern bearbeitet, die in kleinen Ortschaften lebten. Theoretisch gehörte nach altägyptischer Vorstellung alles Land den Göttern und somit dem Pharao, weil dieser der Vertreter der Götter auf der Erde war. Seit dem 3. Jt. v. Chr. überliess der Pharao den bedeutenden Tempeln des Landes Ländereien, u.a. damit diese selbst für ihren Unterhalt sorgen konnten. Da der Pharao den Tempeln das Land jedoch jederzeit wieder entziehen konnte, waren die Tempel keine Landbesitzer, sondern nur Landnutzer. Man besass nicht das Land an sich, sondern nur das Recht, es zu bestellen. Während des ägyptischen Neuen Reiches (2. Hälfte 2. Jt. v. Chr.) waren die Tempel schliesslich die vorherrschenden Landnutzer. Aber nicht nur religiöse Einrichtungen wie Tempel, sondern auch säkulare Institutionen wie der Harem, die Königin oder einzelne Individuen konnten Land halten. Das Land des Pharaos wird als *khato*- und *minê*-Land bezeichnet. Zur Gruppe der individuellen Landnutzer gehörten Soldaten, Handwerker und auch Frauen. Das Recht, das Land zu bestellen, konnte verkauft und vererbt werden. Bezahlt wurde über Tauschhandel: für alles gab es Preise in Referenz zu einem abstrakten Standard, der oft in Getreidemengen ausgedrückt wurde.

Grundsätzlich hatte man als Bauer zwei Möglichkeiten, seinen Lebensunterhalt zu verdienen. Gehörte man zur privilegierteren Gruppe, konnte man ein eigenes Stück Land bestellen. Für die Mehrheit der Bauern verblieb jedoch nur die zweite Option: für einen grösseren Haus-

halt oder eine Institution zu arbeiten.[1] Für eine Institution – z.B. einen Tempel – zu arbeiten, bedeutete, dass eine bestimmte vorab festgesetzte Menge des Produkts dem Vorgesetzten nach der Ernte abgeliefert werden musste.

Papyri aus der zweiten Hälfte des 2. Jt. v. Chr. belegen, dass in Ägypten zwischen drei unterschiedlichen Landqualitäten unterschieden wurde, die man als Hohes Land, Erhöhtes Land und Frisches Land bezeichnete.[2] Frisches Land war jenes Land, das jährlich vom Nil überflutet und somit automatisch gedüngt wurde. Erhöhtes Land war Land, das etwas höher lag. Hohes Land schliesslich ist wahrscheinlich Land, das künstlich bewässert werden musste. Je nach Landqualität erwartete man unterschiedlich hohe Erträge, wobei zu berücksichtigen ist, dass der tatsächliche Ertrag nicht nur von der Qualität des Bodens, sondern auch noch von der Höhe der Überschwemmung abhängt.

2. Quellen

Aus der Zeit des ägyptischen Neuen Reiches (ca. 1500–1070 v. Chr.) und der Dritten Zwischenzeit (ca. 1070–664 v. Chr.) haben sich einige Papyri erhalten, die Informationen zu den im Alten Ägypten fälligen Gebühren liefern können, die von Ägyptologen oft ohne weitere Unterscheidung als «Steuern» bezeichnet werden.

1 Unter «Haushalt» ist in erster Linie eine wirtschaftliche Einheit zu verstehen, nicht eine familiäre.

2 So z.B. im Papyrus Wilbour, der aus dem 4. Regierungsjahr Pharaos Ramses V. stammt (ca. 1142 v. Chr.) und heute im Brooklyn Museum in New York (Akzessionsnummer 34.5596) aufbewahrt wird.

a. Papyrus Wilbour

Der umfangreichste dieser Papyri ist der sogenannte Papyrus Wilbour, der aus dem 4. Regierungsjahr von Pharao Ramses V. (ca. 1142 v. Chr.) stammt. Es handelt sich dabei um ein altägyptisches Register von Ländereien in Mittelägypten zwischen Krokodilopolis und der heutigen Stadt El-Miniyah, die verschiedenen Institutionen gehörten.[3] Die aufgezeichneten Daten reichen vom 15. Tag des 2. Monats bis zum 1. Tag des 3. Monats der Achet-Jahreszeit, was zu dieser Zeit dem Monat Juli entspricht – einem Zeitpunkt, an dem die Nilschwemme üblicherweise bereits im Gang ist. Im Landsurvey geht es daher in erster Linie um höher gelegenes Land, das vom Nilwasser gar nicht oder erst spät erreicht wird. Somit kann auch die Gesamtfläche der erwähnten Felder nur einen Teil der totalen kultivierbaren Fläche in der Region ausgemacht haben.

Bei Frischem Land rechnete man im Papyrus Wilbour mit einem durchschnittlichen Ertrag von 10 Säcken Getreide pro Arure, bei Erhöhtem Land mit 7 ½ Säcken Getreide pro Arure und bei Hohem Land mit 5 Säcken Getreide pro Arure.[4] Anhand des Textes lässt sich nicht entscheiden, worum es sich bei diesen Werten genau handelt: ist es der Gesamtertrag, oder der Nettoertrag nach Abzug der Saatkosten und der Bezahlung der Arbeiter und Tierfutterkosten oder die fällige Steuerabgabe? Aufzeichnungen aus dem 19. Jh. und Beobachtungen aus dem frühen 20. Jh. liefern Hinweise darauf, was diese Werte bedeuten könnten. Beobachtungen aus der Zeit vor dem Bau des Grossen Assuan-Staudammes belegen, dass Hohes Land in altägyptische Masse konvertiert bis zu 5 ½ Säcke Getreide pro Arure liefern kann, und Frisches Land bis zu 14 ½

3 ALAN H. GARDINER, The Wilbour Papyrus Vol. II: Commentary, Oxford 1948, S. 41-55. Die Entfernung zwischen Krokodilopolis und El-Miniyah beträgt ca. 140km.

4 Siehe GARDINER (Fn. 3), S. 27-29. Eine Arure entspricht 4200 m^2 und ein Sack Getreide 96 Liter.

Säcke Getreide pro Arure, wobei man durchschnittlich 9 Säcke Getreide pro Arure erwarten kann.[5] Aufzeichnungen aus den Jahren 1830/1831 beweisen zunächst, dass das damals gebräuchliche System in Ägypten noch immer bzw. wieder demjenigen von vor tausenden Jahren ähnlich war, nur die verwendeten Einheiten hatten sich inzwischen geändert.[6] Wilkinson berichtet, dass Steuern abhängig von der Güte des Landes erhoben werden und dass es drei unterschiedliche Landqualitäten gäbe. Der Ertrag hänge von der Qualität des Bodens und der Höhe der Überschwemmung ab. Als maximal möglicher Ertrag auf 1 Feddan Land in der Umgebung von Theben in Oberägypten werden 8 Ardeben Weizen angesehen, wobei 4 Ardeben als Mittelwert und 1 Ardebe als absolutes Minimum gilt.[7] Umgerechnet bedeutet das auf 1.5 Aruren einen maximalen Ertrag von 16 Säcken Weizen, im Mittel von 8 Säcken und im Minimum von 2 Säcken. Als Saatgut werde zudem für 1 Feddan Land ½ Ardebe benötigt, das von der Regierung ausgeliehen und nach der Ernte vom Bauern in gleicher Menge und Güte zurückgegeben werde. Im 19. Jh. hing die Höhe der Steuer dann auch noch einerseits davon ab, in welchem Teil des Landes man sich befand, und andererseits von der Höhe der Überschwemmung. Diese «modernen» Vergleichswerte des erzielbaren Gesamtertrages legen nahe, dass es sich bei den Angaben im Papyrus Wilbour entweder um erwartete mittlere Gesamterträge oder um Nettoerträge nach dem Abzug des Saatgutes, der Löhne und Tierfutterkosten handelt.

Der sogenannte Text A des Papyrus Wilbour ist in vier Sektionen unterteilt und in jeder Sektion erscheinen die gleichen landbesitzenden Institutionen in der immer gleichen Reihenfolge: Tempel in Theben, He-

5 BEN J. J. HARING, Divine Households. Administrative and economic aspects of the New Kingdom royal memorial temples in Western Thebes, Leiden 1997, S. 290.

6 I. G. WILKINSON, Topography of Thebes and General View of Egypt, London 1835, S. 267–270.

7 1 Feddan entspricht 1.5 Aruren, 1 Ardebe 195 Litern bzw. ziemlich genau 2 Säcken Getreide.

liopolis und Memphis, danach kleinere Kultzentren und säkulare Einrichtungen. Felder, die zu einer bestimmten Institution gehörten, waren in sogenannten Domänen organisiert: es handelt sich dabei um administrative Einheiten, die aus geografisch verstreuten Feldern bestehen. Es lassen sich zwei verschiedene Arten von Domänen unterschieden, die als «zugeteilte» bzw. «nicht zugeteilte» Domänen bezeichnet werden. Nicht zugeteilte Domänen waren Gruppen von Feldern, die von derselben Institution bestellt wurden, die auch in der Paragraphenüberschrift angegeben ist und von einer Person dieser Institution administriert wurde. Die genannte Institution erhielt in vielen Fällen vermutlich alle Nettoerträge. Manchmal sind darin aber auch Felder inkludiert, bei denen andere Institutionen Ansprüche auf Teile der Ernte stellten. Das Land wurde von einem Kollektiv von Landarbeitern bewirtschaftet, die unter der Aufsicht eines Verwalters standen, der für die Bewirtschaftung des Feldes offiziell verantwortlich war und dessen Name im Papyrus genannt ist. Die Domäne konnte in weitere Subdomänen unterteilt sein, die dann in der Hand unterschiedlicher untergeordneter Verwalter waren, die für ihre Vorgesetzten arbeiteten. Einträge von nicht zugeteilten Domänen erkennt man im Papyrus am konsistenten Vorhandensein von drei roten Zahlen in jeder Veranlagungszeile. Ein typischer Eintrag für eine nicht zugeteilte Domäne findet sich z.B. in Text A, Sektion 1, Paragraph 9, Zeilen 9,9–17:[8]

> *Der Haushalt von Ramesse-miamun im Haus des Arsaphes.*
>
> *Messung, durchgeführt südöstlich von Tent-ioor:*
>
> *Land kultiviert vom Landwirt Ramose 5, Masseinheit 5, Sack 25.*
>
> *Messung, durchgeführt im Neuen Land von T-gemy:*
>
> *Land kultiviert von ihm 10, Masseinheit 10, Sack 100.*

8 ALAN H. GARDINER, The Wilbour Papyrus Vol. III: Translation, Oxford 1948, S. 9.

Ein anderes (Feld) 10, Masseinheit 7 ²⁄₄, Sack [7]5.

Ein anderes (Feld) 20, Masseinheit 5, Sack 100.

Messung, durchgeführt in der Insel westlich von …:

Land kultiviert von ihm 10, Masseinheit 7 ²⁄₄, Sack 7[5].

Die Domäne ist in diesem Fall der Haushalt des bereits verstorbenen Pharaos Ramses II. (*Ramesse-miamun*) im Haus des Arsaphes. Dabei handelt es sich um einen kleinen Tempel, dessen genaue Lage heute unbekannt ist. Der Landwirt Ramose ist für mehrere Felder in der Umgebung zuständig, die er sicher nicht alle selbst bestellt hat – dazu sind sie zu gross – sondern er ist diejenige Person, die für die Bewirtschaftung des Feldes offiziell verantwortlich ist. Nach der Angabe der Lage des Feldes folgen die Details: die Feldgrösse in Aruren, dann die Angabe wie viele Säcke Getreide pro Arure man auf diesem Feld im Mittel erwartete – je nach Qualität des Landes sind das 5, 7 ½ oder 10 Säcke pro Arure –, und zuletzt die ausmultiplizierte Anzahl Säcke Getreide.

Insgesamt enthält der Text A des Papyrus heute noch 156 derartige Paragraphen. Dabei fällt auf, dass säkulare königliche Institutionen wie sogenanntes *minê*- und *khato*-Land von Pharao oder der Harem ausschliesslich nicht zugeteilte Felder besitzen.[9] Mit welcher Rate nicht zugeteiltes Land letztlich veranlagt wurde, muss offen bleiben, dazu existieren keinerlei Angaben im Papyrus.

Bei zugeteilten Domänen erhält die Institution, die als Landnutzer angegeben ist, letztendlich nur einen kleinen Teil der Ernte. Es handelt sich dabei um Land, das von der Institution vielleicht an einen anderen Tempel, individuelle Kleinbetriebe oder private Landnutzer «verpachtet» wurde und die der Institution dafür einen kleinen Teil des Ertrages als «Pacht» bezahlten. Die zugeteilten Domänen beinhalten Felder, die

9 Siehe GARDINER (Fn. 3), S. 56.

noch weiter verstreut sind als bei nicht zugeteilten Domänen: vielleicht waren sie nichts anderes als ein Mittel der Schreiber, die Felder zu gruppieren, die der gleichen Institution gehören, die aber tatsächlich von anderen Personen oder Institutionen bestellt wurden als die, die in der Paragraphenüberschrift angegeben sind.[10] Charakteristisch für derartige Paragraphen ist, dass nur für einen kleinen Teil des Landes eine Abgabe veranlagt wurde. Ein typischer Eintrag für eine zugeteilte Domäne findet sich z.B. in Text A, Sektion 2, Paragraph 69, Zeilen 32,36–41:[11]

> *Der Haushalt des Königs von Ober- und Unterägypten, Usimare-setpenre*
>
> *im Haus des Amun:*
>
> *Zugeteilte Domäne dieses Hauses im Gebiet von Ḥardai:*
>
> *Messung, durchgeführt südwestlich des Stalles des Son:*
>
> *Der Priester des Hauses von Seth, Djadjabu: .3 Aruren. ½, Säcke 1 2⁄4*
>
> *Messung, durchgeführt südöstlich dieses Ortes:*
>
> *Der Priester Setnacht, zusammen mit seinen Brüdern: .10 ⌴ 5. ½, Säcke 1 2⁄4*

Der Haushalt von Pharao Ramses II. (*Usimare-setpenre*) im Haus des Amun besass das Nutzungsrecht für zwei Felder im Gebiet um Ḥardai. Für die Kultivierung des ersten Feldes war ein Priester des Hauses des Seth namens Djadjabu zuständig. Vom insgesamt 3 Aruren grossen Feld wurde nur ½ Arure veranlagt, und zwar mit einer Rate von 1 2⁄4 Säcken pro Arure (erster Typ). D.h. vom 3 Aruren grossen Feld, bei dem je nach Landqualität ein mittlerer Ertrag zwischen 15 und 30 Säcken Getreide zu erwarten war, gingen letztendlich nur ½ · 3⁄2 = ¾ Säcke an

10 Siehe HARING (Fn. 5), S. 292.
11 Siehe GARDINER (Fn. 8), S. 34.

die Institution, die das Nutzungsrecht innehatte. Beim zweiten Feld, für dessen Kultivierung der Priester Setnacht zusammen mit seinen Brüdern verantwortlich war, ist die zweite im Papyrus übliche Schreibweise zu finden (zweiter Typ):[12] in diesen Fällen tauchen vor der veranlagten Fläche zwei Zahlen getrennt durch das Zeichen «⌟» auf. Dabei ist die erste Zahl immer grösser als die zweite. Wie das Zeichen «⌟» genau zu lesen und verstehen ist, ist unbekannt. Jedoch hat sich heute die Interpretation als eine Art von Subtraktionszeichen durchgesetzt, die bereits der Erstübersetzer Alan Gardiner erwähnt hat.[13] Demnach könnte das obige Beispiel so verstanden werden, dass von einem insgesamt 10 Aruren grossen Feld der genannte Kultivator für 5 Aruren zuständig ist. Von diesen 5 Aruren hat die Institution, die das Landnutzungsrecht besitzt, wiederum nur Anspruch auf den Ertrag von ½ Arure, der mit einer Rate von 1 ²⁄₄ Säcken pro Arure veranlagt wird. D.h. von 5 Aruren, für die man einen mittleren Ertrag zwischen 25 und 50 Säcken Getreide erwarten durfte, erhielt die Institution, die das Nutzungsrecht innehatte, nur ½ · ³⁄₂ = ¾ Säcke. Für die restlichen 5 Aruren des insgesamt 10 Aruren grossen Feldes war ein anderer Kultivator zuständig, weswegen die übrigen 5 Aruren in diesem Paragraphen nicht weiter erwähnt werden. Für diese Interpretation spricht meines Erachtens folgendes:[14] Während sich insgesamt 1193 Einträge des ersten Typs erhalten haben und die Gesamtfeldgrössen dort meist zwischen 3 und 5 Aruren ausmachen, taucht der zweite Typ nur 237 Mal auf, die Gesamtfeldgrössen betragen dann

12 Insgesamt gibt es im Papyrus Wilbour vier verschiedene Schreibweisen, aber nur die zwei hier genannten Varianten sind für die vorliegende Untersuchung relevant.

13 Siehe GARDINER (Fn. 3), S. 91-93.

14 Zur exakten Interpretation dieser Einträge gibt es unterschiedliche Vorstellungen. SALLY KATARY, Land Tenure in the Ramesside Period, London 1989, S. 12-13 etwa denkt, dass die Zahl nach dem Zeichen «⌟» denjenigen Teil des Feldes angibt, der von der Berechnung ausgenommen wurde. BERNADETTE MENU, Le régime juridique des terres et du personnel attaché à la terre dans le Papyrus Wilbour, Lille 1970, S. 103-107 hingegen interpretiert das Zeichen so, dass es zwei oder mehrere Felder kleinerer Grösse im gleichen Messgebiet anzeige, die vom selben Landwirt kultiviert werden und für die dieselben Veranlagungsraten gelten. Die Schreibweise wäre dann quasi eine Kurzfassung, um Platz und Zeit zu sparen.

aber sehr häufig zwischen 10 und 20 Aruren, und davon werden auffällig oft Parzellen mit einer Grösse von 5 Aruren abgespalten.[15] Dieser Wert passt einerseits sehr gut zu den Angaben in Papyrus Valençay I, Zeile 5-6, woraus sich ableiten lässt, dass eine Mann und ein Ochsengespann benötigt werden, um 4 Aruren zu bearbeiten, und andererseits zum Ergebnis, dass eine Person alleine heute nicht mehr als 7.5 Aruren selbst bestellen kann.[16]

Der Umrechnungsfaktor ist bei den zugeteilten Domänen konstant: er beträgt stets 1 ¾ Säcke pro Arure. Zwischen der Gesamtfläche und der letztlich für die Berechnung relevanten Fläche hingegen besteht keinerlei offensichtlicher Zusammenhang. Für die 1193 Einträge des ersten Typs variiert das Verhältnis dieser beiden Flächen zwischen 0.83% und 66%, wobei 5%, 10% und 20% die am häufigsten auftretenden Werte sind. Bei den 237 Einträgen des zweiten Typs hängen die resultierenden Prozentzahlen davon ab, ob man den Anteil der Gesamtfläche oder den nach dem Zeichen «⌟» angegebenen Anteil für die Berechnung verwendet. Folgt man der hier vorgeschlagenen Interpretation der Bedeutung dieses Zeichens, so macht nur Letzteres Sinn. In diesem Fall schwankt das Verhältnis von reduzierter Gesamtfläche zur für die Berechnung relevanten Fläche zwischen 2.5% und 50%, wobei erneut 5%, 10%, 20% und 25% die gängigsten Werte sind. D.h. in den meisten Fällen erhielt bei zugeteilten Domänen die Institution, die das Landnutzungsrecht besass, für ein Zwanzigstel bis zu einem Viertel der Gesamtfläche 1 ½ Säcke Getreide pro Arure. Es lässt sich kein Zusammenhang zwischen dem Prozentsatz und der Institution erkennen, d.h. es waren nicht einzelne Institutionen wie z.B. das Haus des Amun bevorzugt gegenüber ande-

15 Siehe GARDINER (Fn. 3), S. 92.

16 Siehe den Review und die Zusammenfassung von JACOBUS J. JANSSEN, Agrarian Administration in Egypt during the Twentieth Dynasty, Bibliotheca Orientalis 43, 1986, S. 355 zum nur in Russisch verfügbaren Buch von IOSIF A. STUCHEVSKY, Zemledel'tsy gosudarstvennogo khozyaïstva drevnego Egipta epokhi Ramessidov, Moskau 1982.

ren. Dass eine Abhängigkeit von der Lage des Feldes besteht, ist nicht auf dem ersten Blick erkennbar, aber sehr wahrscheinlich. Eine systematische Auswertung von Angaben zur Lokalisierung der Felder, die stark auf die Nähe zu Wasser schliessen lassen, deutet darauf hin, dass bei Feldern, die sich näher am Wasser befanden, für einen höheren Prozentsatz der Gesamtfläche Getreide abgegeben werden musste. Die im Detail untersuchten Ortsangaben sind: «Uferland», «Umgebung der Sykomoren», «Bassin», «Insel», «Teich» und «Neues Land» (siehe Tabelle 1).

Lage	1.25 [%]	2.5 [%]	5 [%]	8.3 [%]	10 [%]	13.3 [%]	17 [%]	20 [%]	25 [%]	33.3 [%]	50 [%]
Uferland	–	1	1	1	2	6	1	–	4	–	–
Umgebung Sykomo-ren	–	4	18	2	4	–	–	–	–	–	–
Bassin	1	–	5	1	1	–	1	1	2	1	1
Insel	–	–	–	–	–	–	–	–	4	–	–
Teich	–	–	1	7	1	–	9	1	3	1	–
Neues Land	–	1	–	–	–	–	–	–	3	–	–

Tabelle 1: Prozentsatz der Gesamtfläche, für den 1 ¾ Säcke Getreide pro Arure abgeliefert werden müssen für Felder, die nahe am Wasser liegen.

Der Begriff «Uferland» legt nahe, dass sich das Feld in unmittelbarer Wassernähe befindet. Je nachdem wie das entsprechende Uferland beschaffen ist – mit Schilf bewachsen, sumpfig oder frei zugänglich – kann es mehr oder weniger gut für den Getreideanbau geeignet sein. Diese Tatsache schlägt sich wahrscheinlich in Tabelle 1 nieder, dennoch zeigt sich deutlich, dass in den allermeisten Fällen ein Zehntel bis ein Viertel der Gesamtfläche für die Berechnung der Anzahl Säcke herangezogen wird, die abgeliefert werden muss. Sykomoren bevorzugen lehmigen Boden, der zugleich mit ausreichend Wasser versorgt wird, sodass sie oft an Flussläufen, Wasserlöchern und Sümpfen anzutreffen sind. Ein Feld in der Umgebung von Sykomoren scheint für den Getreideanbau

nicht besonders gut geeignet gewesen zu sein, jedenfalls ist der der Berechnung zugrunde liegende Flächenanteil stets eher gering – zwischen einem Vierzigstel und einem Zehntel. Der Begriff «Bassin» lässt auf den ersten Blick keine weitere Aussage zu, ausser dass zwischen einem Achtzigstel und der Hälfte der Gesamtfläche als Berechnungsgrundlage belegt ist. Erst bei genauerer Analyse zeigt sich, dass die Prozentzahlen zwischen 1.25% und 10% immer in Verbindung mit Angaben wie «südöstlich des Bassins» auftreten, während alle Prozentzahlen zwischen 17% und 50% immer mit der Angabe «im Bassin von» verknüpft sind. Die Ortsangabe «Insel» impliziert, dass genügend Wasser in der Umgebung vorhanden ist, dementsprechend erstaunt die relativ hohe Berechnungsgrundlage von einem Viertel der Gesamtfläche nicht. Für den Begriff «Teich» gilt Ähnliches wie für den Begriff «Bassin», allerdings ist die Korrelation zwischen den unterschiedlichen Prozentwerten und Ortsangaben wie z.B. «südöstlich des Teiches» und «im Teich» weniger eindeutig. Der Begriff «Neues Land» schliesslich erweckt die Assoziation inselartiger Grundstücke. Tatsächlich wird abgesehen von einer Ausnahme auch bei «Neuem Land» ein Viertel der Gesamtfläche als Berechnungsgrundlage genommen. Die aufgeführten Beispiele, die nur einen kleinen Teil der insgesamt vorkommenden Toponyme umfassen, belegen meines Erachtens, dass einerseits die Nähe zum Wasser und andererseits die Eignung des Bodens für den Getreideanbau die entscheidenden Faktoren dafür waren, welcher Anteil der Gesamtfläche für die Berechnung herangezogen wurde.[17] Folgt man dieser Interpretation, so wäre

17 KATARY (Fn. 14), S. 42-46 hat alle Einträge des Papyrus Wilbour analysiert und 36 Variablen definiert, die sie statistisch ausgewertet und auf Kreuzkorrelationen untersucht hat. Ihre Variable Nr. 31 «Geographic Location (Measurement Area) - recoded» entspricht am ehesten meinem hier gewählten Ansatz. KATARY hat die verfügbaren Daten dabei in erster Linie nach den Ortsnamen aufgeschlüsselt, während ich auf die begleitenden Angaben fokussiert habe, die Nähe zu Wasser suggerieren: so werden die Ortsangaben «Insel östlich von Pi-p-ma» und «Insel östlich von P-Kenroy» bei Katary einmal unter «Pi-p-ma» und einmal unter «P-Kenroy» verbucht, während in dieser Untersuchung die Angabe «Insel» als Kriterium für die Variablenzuteilung galt.

der tatsächliche Kostenaufwand für die Bestellung des Feldes über den Anteil der Gesamtfläche berücksichtigt worden, der in die Berechnung letztendlich eingeht.

Neben den bereits erwähnten Einträgen gibt es im Papyrus Wilbour noch die sogenannten *posh* A- und *posh* B-Einträge, welche die gemeinsame Kultivierung und die Teilung des Ertrages einer Parzelle durch zwei Institutionen belegen. Als Alternativinterpretation könnte man es auch als Landpacht zwischen zwei Institutionen ansehen, der angegebene Betrag wäre dann nichts anderes als der Pachtzins für das Feld.[18] Es wird die Menge Getreidesäcke angegeben, die vom Gesamtertrag subtrahiert werden muss, weil eine andere Institution Ansprüche auf das Land hat. *Posh* A-Einträge (151 in Text A) finden sich ausschliesslich in nicht zugeteilten Paragraphen und für jeden derartigen Eintrag gab es ursprünglich einen zugehörigen *posh* B-Eintrag, obwohl heute nicht mehr alle davon erhalten sind. Ein *posh* A-Eintrag steht z.B. in Text A, Sektion 1, Paragraph 19, Zeile 19,25-27:[19]

> *Der Harem in Mi-wer:*
>
> *Domäne dieses Hauses verwaltet durch die Hand des Aufsehers Penḥasi.*
>
> *Messung, durchgeführt im Teich des Grabes von Per-nute:*
>
> *Land kultiviert bei ihm 10, Masseinheit 5, Säcke [50]*
>
> *Zugeteilt für das Sonnendach in She, Säcke 3 ¾.*

18 Siehe HARING (Fn. 5), S. 294.
19 Siehe GARDINER (Fn. 8), S. 19.

Der zugehörige *posh* B-Eintrag findet sich in Text A, Sektion 1, Paragraph 27, Zeile 16,30-32:[20]

> *Zugeteilte Ernteerträge dieses Hauses [*d.i. das Sonnendach in She*] unter seiner Aufsicht*
>
> *Messung, durchgeführt im Teich des Grabes von Per-nute:*
>
> *Der Vertreter Meryre in Zuteilung von Land kultiviert für den Harem in Mi-wer,*
>
> *in der Domäne unter Aufsicht von Penḥasi .10. 2 ½ Aruren, Säcke 1 ¾.*

Der Name der «Schuldnerinstitution» steht in der Überschrift des nicht zugeteilten Paragraphen, in dem sich der *posh* A-Eintrag befindet – im vorliegenden Fall ist das der *Harem in Mi-wer*. Diese Institution ist der Landnutzer und sie schuldet der «Gläubigerinstitution» eine bestimmte Getreidemenge, die im *posh* A-Eintrag zusammen mit dem Namen der «Gläubigerinstitution» angegeben ist. Die «Gläubigerinstitution» ist hier das *Sonnendach in She*, dem 3 ¾ Säcke Getreide zustehen. Der zugehörige *posh* B-Eintrag enthält dieselben Informationen, allerdings anders formuliert. Der Name der «Gläubigerinstitution» steht nun in der Überschrift des Paragraphen. Sie erhält eine bestimmte Getreidemenge, die man aus den Angaben in der letzten Zeile des *posh* B-Eintrags ausmultiplizieren kann: von insgesamt 10 Aruren muss für 2 ½ Aruren die Rate von 1 ¾ (d.h. 2 ½ · 1 ½) abgegeben werden, was 3 ¾ Säcke ergibt. Die administrierende Institution, die einen Anspruch auf dieses Feld hatte, erhielt also nur den relativ geringen Anteil von 7.5% der insgesamt erwarteten Getreidemenge. Es ist nun auffällig, dass dieser Anteil bei Hohem Land immer 7.5% beträgt – die wenigen Ausnahmen lassen sich problemlos durch das Auf- bzw. Abrunden der Fläche oder einen

20 Siehe GARDINER (Fn. 8), S. 16.

Schreiberfehler erklären. Auch wenn zwei kleinere Häuser der gleichen Dachinstitution, z.B. des Hauses des Amun, beteiligt sind, werden diese 7.5% verrechnet. Leider haben sich für Erhöhtes und Frisches Land nur insgesamt acht korrespondierende *posh* A- und *posh* B-Einträge erhalten, zweimal ist bei Erhöhtem Land der Anteil merklich höher – einmal 18.75% und einmal 15.25%.[21] Derart grosse Abweichungen treten insgesamt nur viermal auf, ob es Zufall ist, dass dies zweimal bei Erhöhtem Land der Fall ist, oder ob für Erhöhtes Land vielleicht ein anderer Anteil üblich war, kann nicht mit letzter Sicherheit gesagt werden. Gegen Letzteres spricht aber, dass immerhin viermal für Erhöhtes Land und einmal für Frisches Land der normale Anteil von 7.5% belegt ist.

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass der Papyrus Wilbour keine Informationen zu fälligen Erntesteuern enthält, obwohl er oft in diesem Zusammenhang genannt wird. Die angegebenen Getreidemengen sind zu gross, als dass man sie als den abzuliefernden Anteil interpretieren könnte. Bei diesen Werten muss es sich entweder um den Gesamtertrag oder den Nettoertrag nach Abzug der Saatgutkosten, Löhne für Arbeiter und allfällige Tierfutterkosten handeln. Für die 7.5% der Getreidemenge, die in den *posh* A- und *posh* B-Einträgen als Zahlung der Institution, welche das Feld tatsächlich bestellt, an die offiziell landnutzende Institution vielfach belegt ist, erscheint mir eine Interpretation als «Managerentschädigung» oder Kostenaufwand am wahrscheinlichsten. Die bei zugeteilten Domänen zusätzlich fälligen Getreidemengen von 1 ½ Säcken Getreide pro Arure für die das Landnutzungsrecht innehabende Institution, die je nach Landbeschaffenheit auf unterschiedlich grossen Teilen der Gesamtfläche erhoben wurden, könnte man als Pachtzins ansehen. Wie viele Prozent der verbleibenden Getreidemengen als Erntesteuer an den Staat abgeliefert werden mussten, bleibt offen.

21 Siehe GARDINER (Fn. 8), S. 30 (Paragraph 60, Zeilen 29,6–7) und S. 98 (Paragraph 254, Zeilen 93,38–39).

Gerade auch das vollständige Fehlen irgendwelcher weiterer Angaben bei den nicht zugeteilten Domänen schliesst meines Erachtens aus, dass in diesem Papyrus von Erntesteuern die Rede ist. Höchstwahrscheinlich handelt es sich beim Papyrus Wilbour aber um ein Dokument der Steuerbehörde, das als Grundlage zur Berechnung der fälligen Erntesteuern gedient hat.[22] Da Ländereien im Besitz Pharaos in diesem Papyrus kaum vorkommen, handelt es sich vermutlich um ein Dokument, das kultivierbares Land mit einem bestimmten administrativen Status auflistet – nämlich jenes, für das andere Institutionen als der Staat das Landnutzungsrecht besassen.[23]

b. Papyrus Reinhardt

Als Papyrus Reinhardt bezeichnet man zahlreiche kleine und grössere Fragmente, die einst zu einem einzigen Dokument gehörten.[24] Dieser Papyrus datiert mit hoher Wahrscheinlichkeit in die 21. Dynastie, in die Zeit um 950 v. Chr. Es handelt sich um ein Landregister von Feldern im 10. Oberägyptischen Gau aus der Gegend des heutigen Qaw el-Kebir. Die landnutzenden Institutionen waren die Domäne des Amun, vermutlich des Amun von Karnak, und die Domäne der Mut, wahrscheinlich der Mut von Asheru. Der genaue Fundort des Papyrus Reinhardt ist unbekannt, er dürfte aber aus dem Archiv des Amuntempels in Theben stammen, da es sich bis auf eine Ausnahme um Ländereien des Amuntempels im 10. Oberägyptischen Gau handelt. Der Text besteht aus einer Reihe von Paragraphen, jeweils mit Überschriften, welche die

22 Dieser Meinung waren bereits GARDINER (Fn. 3), S. 202 und 208 und MENU (Fn. 14), S. 82.

23 So bereits KATARY (Fn. 14), S. 24.

24 Der Papyrus wird heute im Ägyptischen Museum in Berlin aufbewahrt, er trägt die Inventarnummer P.3063. Für eine Transkription, Übersetzung und Kommentar dieses Papyrus siehe SVEN P. VLEEMING, Papyrus Reinhardt. An Egyptian Land List from the Tenth Century B.C., Berlin 1993.

Berechnungen der erwarteten Gesamtmengen an Getreide der Felder enthalten. Zunächst wird jeweils die Gesamtfläche eines Feldes berechnet. Dann werden von der Gesamtfläche diejenigen Flächen abgezogen, auf denen aktuell kein Getreide produziert wird. Die Gründe für diese Flächenreduktion werden penibel aufgelistet: manchmal wird anderes angebaut, z.B. Gemüse, andere liegen vorübergehend brach, und wiederum andere Teile sind schlichtweg ungeeignet für den Getreideanbau, z.B. Marschland. Danach jedoch erfolgt eine «letzte Reduktion», die im Text durch zwei Punkte übereinander angezeigt wird und für die uns der Papyrus leider keine Erklärung gibt. Es lässt sich feststellen, dass die Flächen um unterschiedlich grosse Beträge reduziert werden. Die erhaltenen Verhältnisse zwischen der gesamten mit Getreide bebauten Fläche und der Fläche nach der finalen Reduktion betragen zwischen 0.375 und 0.833. Erst nach der «letzten Reduktion» erfolgt die Umrechnung in Säcke Getreide, die man als mittleren Ertrag erwartet. Der übliche Faktor beträgt dabei 15 Säcke pro Arure, manchmal 12 Säcke pro Arure. Diese Werte stehen im Kontrast zu den gängigen Werten im Papyrus Wilbour.

Ein typischer Eintrag findet sich in Kolumne X, 28–29:[25]

> *Beauftragter Pa-Is, Sohn des Iry-Sechemet-keni, Aruren 38 ¼ ⅛, minus*
>
> *Marschland Aruren 1 ½ ¼, Resultat Aruren 36 ½ ⅛, minus [… Aruren] 6 ½ ¼,*
>
> *Resultat Aruren 30:20, macht 300 Säcke.*

Die Gesamtfläche beträgt in diesem Beispiel 38 ¼ ⅛ Aruren, davon werden insgesamt 8 ¼ ⅛ Aruren abgezogen, die Marschland sind oder aus

25 Siehe VLEEMING (Fn. 24), S. 34.

anderen Gründen nicht bebaut werden können. Von den verbleibenden 30 Aruren werden dann als «finale Reduktion» nochmals 10 Aruren abgezogen und von den übrigen 20 Aruren der erwartete Ertrag berechnet, was bei einer Rate von 15 Säcken pro Arure insgesamt 300 Säcke Getreide ergibt.

Die hohe Umrechnungsrate zeigt, dass es sich bei diesen Berechnungen um irgendeine Form der Gesamtgetreidemenge handeln muss. Die 15 Säcke – oder in seltenen Fällen 12 Säcke pro Arure – stehen im Kontrast zu den gängigen Werten im Papyrus Wilbour von 5 für Hohes Land, 7 ½ für Erhöhtes Land und 10 Säcke pro Arure für Frisches Land. Vielleicht darf man daraus schliessen, dass das betreffende Land im Papyrus Reinhardt fruchtbareres Land war, oder aber, dass man inzwischen zwei Ernten einholen konnte. Praktisch alles Land im Papyrus Reinhardt wird als «*die Insel*» oder «*die Insel von Neuland*» bezeichnet, was nahelegt, dass es sich dabei um Land handelt, dass sehr nahe am Fluss Nil liegt. Vergleicht man nun die Angaben im Papyrus Reinhardt mit denjenigen der nicht zugeteilten Domänen für Frisches Land im Papyrus Wilbour, so erkennt man, dass nur im Papyrus Reinhardt die Gesamtfläche reduziert wird, ehe die Umrechnung in Anzahl Säcke erfolgt. Sieht man sich die Anzahl Säcke im Papyrus Reinhardt im Vergleich zur Gesamtfläche an, so erhält man Umrechnungsfaktoren zwischen 5 ½ und 12 ½ Säcken pro Arure – also Werte, die deutlich näher an den im Papyrus Wilbour üblichen Werten liegen.[26] Meines Erachtens dürfen aber die nicht mit Getreide bebauten Teile des Feldes nicht in die Rechnung eingehen, d.h. man sollte die Anzahl Säcke Getreide nur mit der Fläche vor der «letzten» Reduktion in Beziehung setzen (Tabelle 2), nicht aber mit der Gesamtfläche des Feldes.

26 Siehe VLEEMING (Fn. 24), S. 72–73.

Anteil der mit Getreide bebauten Fläche	**0.35–0.4**	**0.5–0.55**	**0.55–0.6**	**0.6–0.65**	**0.65–0.7**	**0.7–0.75**	**0.75–0.8**
Häufigkeit	4	3	2	1	6	5	2
Säcke/Arure über mit Getreide bebauter Fläche	5 ¼ - 6	7 ½ - 8 ¼	8 ¼ - 9	9 - 9 ¾	9 ¾ - 10 ½	10 ½ - 11 ¼	11 ¼ - 12

Tabelle 2: Anteil der mit Getreide bebauten Feldfläche für den 15 Säcke pro Arure in die Berechnungen eingehen, deren Häufigkeit, sowie die resultierende Rate, wenn man die gesamte mit Getreide bebaute Fläche berücksichtigt.

Die resultierenden Werte ändern sich jedoch nur geringfügig – Tabelle 2 zeigt, dass in den meisten Fällen ca. ¾ des mit Getreide bebauten Teiles des Feldes als Berechnungsgrundlage herangezogen wurden, was auf Säcke pro Arure umgerechnet eine effektive Rate von 9 ¾ bis 11 ¼ Säcken pro Arure entspricht. Diese Werte wären dann durchaus mit der im Papyrus Wilbour üblichen Rate von 10 Säcken pro Arure für Frisches Land vergleichbar. Die unterschiedliche Grösse der «finalen» Reduktion könnte mit verschieden hohen Produktionskosten (Nähe zum Wasser, Beschaffenheit des Bodens, Anzahl nötiger Landarbeiter) zu tun haben, wie ich das für den Papyrus Wilbour vorgeschlagen habe. Für eine konkrete Interpretation der «finalen» Reduktion ist entscheidend, welche Annahme man über den Zweck des Papyrus macht: klar ist, dass es um Ländereien geht, für die die Domäne des Amun und einmal die Domäne der Mut das Landnutzungsrecht besitzen. Im Gegensatz zum Papyrus Wilbour existiert in den Überresten dieses Papyrus keine Unterscheidung zwischen zugeteilten und nicht zugeteilten Domänen. Aus dem Text selbst ist nicht ersichtlich, um welche Art von Land es sich handelt. Da jedoch nirgendwo die Rede davon ist, dass eine Institution einer anderen eine bestimmte Anzahl Getreide schuldet, gehe ich davon aus, dass es sich um Land mit einem Status handelt, das im Papyrus Wilbour unter den nicht zugeteilten Domänen aufgelistet wird.

Der primäre Zweck des Papyrus war offensichtlich die Berechnung der Landflächen und der zu erwartenden Erträge der Ländereien, und zwar vermutlich der Nettoerträge. Diese Aufzeichnungen sind sehr gut als Grundlage für die Tempelverwaltung geeignet, um die Nettogetreidemenge ihrer Felder abschätzen zu können, aber auch für die Steuerbehörde, um basierend darauf die fälligen Erntesteuern zu berechnen. Folgt man dieser Interpretation, so lässt sich die «finale» Reduktion mit Pachtzinsen in Verbindung bringen: es wären dann Pachtzinsen zwischen 20 und 65% belegt, mit den üblichen Werten zwischen 25 und 30% (siehe Tabelle 2). Aus den sogenannten Hekanacht-Papyri aus der Zeit des frühen Mittleren Reiches (ca. 2000 v. Chr.) ist bekannt, dass Hekanacht für ein gepachtetes Feld, für das er einen Gesamtertrag von 15 Säcke pro Arure erwartete, vorab 5 Säcke Getreide pro Arure bezahlen musste, was einem Pachtzins von ca. 33 Prozent entspricht.[27] Pachtverträge sind aus Ägypten bislang aus der Zeit vor dem 6. Jh. v. Chr. unbekannt. Erst aus der Saitenzeit (664–525 v. Chr.) haben sich insgesamt sieben Pachtverträge aus den Jahren 555 bis 533 v. Chr. erhalten, in denen der Landnutzer den Anspruch auf sein Land behielt und die Nutzniessung des Landes nur für ein Jahr lang jemandem übertrug.[28] Die Verpächter sind üblicherweise Priester. Alle Verträge sind so formuliert, dass der Ertrag nach Abschluss der Ernte zwischen Pächter und Verpächter geteilt wird. Für die Begleichung der Erntesteuer war der Verpächter zuständig. Fixe Absolutbeträge sind in diesen Verträgen nie genannt. Der Pächter brachte üblicherweise alles selbst mit, was er für das Bestellen des Landes benötigte: Ochsen zum Pflügen und Ernten, das Saatgut, die Arbeiter und die Geräte zum Sähen und Ernten. In drei Fällen erhält der Verpächter ein Drittel des Getreides und des Grünfutters. In zwei Fällen, in denen nicht Getreide, sondern Flachs angebaut wurde, geht ein Viertel des Ertrags an den Verpächter. Einmal erhält jede Seite

27 JAMES P. ALLEN, The Heqanakht Papyri, New York 2002, S. 157.
28 GEORGE R. HUGHES, Saite Demotic Land Leases, Chicago 1952.

die Hälfte des Ertrages und jeder bezahlt die Hälfte der fälligen Erntesteuern an die Domäne des Amun. Das waren sehr günstige Bedingungen für den Verpächter, denn üblicherweise musste er alle Steuern aus seinem Anteil heraus begleichen. Wie teuer es einem Pächter zu stehen kam, wenn er Saatgut und ein Ochsengespann vom Verpächter leihen musste, belegt Dokument 5 (Louvre E.7833A) der Saitischen Pachtverträge:[29] dort nahm der Verpächter zunächst ⅓ des Getreides und alles Grünfutter für das Land und dann noch ¾ der verbleibenden Restmenge für ein Ochsengespann und Saatgut, das er zur Verfügung stellte. Der Rest – also insgesamt ⅙ der Ernte – blieb dem Pächter übrig «*für seine ganze Arbeit*». In allen diesen Verträgen handelt es sich um Tempelland, deswegen ist bzgl. der Erntesteuer auch immer von der fälligen Erntesteuer für den Tempel die Rede.

Das Drittel der Ernte, das der Verpächter sowohl in den Hekanacht-Papyri im Mittleren Reich als auch bei den saitischen Pachtverträgen kassiert, passt gut zu den am häufigsten vorkommenden Beträgen der «finalen» Reduktion im Papyrus Reinhardt. Ich möchte in der «finalen» Reduktion daher nicht wie von Sven Vleeming vorgeschlagen eine effektive Senkung der aktuellen Umrechnungsrate von 15 Säcken pro Arure sehen, sondern einen Abzug für fällige Pachtzinsen. Die unterschiedliche Höhe der Pachtzinsen liesse sich auf verschieden hohe Produktionskosten zurückführen. Die im Papyrus Reinhardt angegebene Anzahl Säcke wäre dann der erwartete mittlere Nettoertrag dieses Feldes, der als Grundlage für die Berechnung der Erntesteuer hätte dienen können.

29 Siehe HUGHES (Fn. 28), S. 51-52.

c. Die Griffith und Louvre Fragmente

Bei den Überresten eines anderen Papyrus, die als Griffith und Louvre Fragmente bekannt sind, handelt es sich um ein Feldregister des 10. Oberägyptischen Gaus aus der Gegend des heutigen Qaw el-Kebir aus dem 10. Jh. v. Chr.[30] Dieser Papyrus stammt aus der gleichen Gegend und aus einer ähnlichen Zeit wie der Papyrus Reinhardt. Dennoch sind die genannten Raten mit denjenigen im Papyrus Reinhardt und auch denen im Papyrus Wilbour überhaupt nicht vergleichbar. Der erwartete Ertrag war wie beim Papyrus Wilbour bei Hohem Land halb so gross wie bei Frischem Land, allerdings werden hier 1 bzw. 2 Säcke pro Arure angegeben. Erhöhtes Land wird in den erhaltenen Sektionen des Papyrus nirgends erwähnt. Durch die Farbe der Tinte wurden zwei Getreidearten unterschieden: Gerste (schwarz) und Emmer (rot). Die Getreideart scheint allerdings keinen Einfluss auf die resultierende Anzahl Säcke gehabt zu haben. Die Berechnung der Getreidemenge erfolgt folgendermassen: Die Gesamtfläche wird zunächst je nach Landqualität entweder mit 1 Sack oder 2 Säcken pro Arure multipliziert. Leider sind dann nur zwei Abschnitte gut genug erhalten, um die weiteren Operationen zu verstehen. In Kolumne V, Zeilen 13–20 erfahren wir wie hoch der Ertrag eines ganzen Gaues der Domäne des Tempels des Chons ist und was wohin geliefert wird:[31]

> *Domäne des Tempels des Chons […]*
>
> *[…]*

30 Für eine Transkription, Übersetzung und Kommentar dieser Papyrusfragmente siehe ANNIE GASSE, Données nouvelles administratives et sacerdotales sur l’organisation du domaine d’Amon, Kairo 1988. Die Louvre Fragmente werden heute im Musée du Louvre in Paris aufbewahrt (Inventarnummern AF 6345 + AF 6346) und die sogenannten Griffith Fragmente (Inventarnummer P. Ashmolean 1945.94) im Ashmolean Museum in Oxford.

31 Siehe GASSE (Fn. 30); S.7.

Total, Beiträge aus Tjebu, Säcke: [609 2/4].

Getreide des Gaues, Säcke: 4 [+] 1[0]66 ¾

Total = Säcke: 4 [+] 16[7]7 ¼, verteilt. [Gegeben für] Kosten, Säcke: 120.

Total: 4 [+] 1556 ¼, verteilt

Abgeliefert an den Kornspeicher des Tempels des Amun, Säcke: 2 2⁄4 ⅛ [+ 1037 ¾. Bilanz], Säcke: 1 ¼ ⅛ [+] 518 2⁄4.

Für die Domäne des Tempels des Chons beträgt der Ertrag des gesamten Gaues also 4 Säcke Gerste und 1677 ¼ Säcke Emmer. Davon werden 120 Säcke Emmer benutzt, um anfallende Kosten zu begleichen, was umgerechnet 7.15% aller Emmer-Säcke ausmacht. An wen dieser Kostenaufwand bezahlt wird, ist unklar. Von den verbliebenen Säcken werden knapp 66% der Säcke mit Gerste und 50% der Säcke mit Emmer an den Kornspeicher des Tempels des Amun abgeliefert. Dem Tempel des Chons bleiben letztendlich 34% der Säcke mit Gerste und 31% der Säcke mit Emmer, d.h. knapp ⅔ der Erträge gehen an andere Institutionen.

In Kolumne XI, Zeilen 5-17 sind die gleichen Angaben für eine Domäne eines Tempels von Pharao Ramses II. erhalten:[32]

Domäne [ ] des Ramesse-meryamun-merut [ ]

[…]

Total in Säcken: 32 2⁄4 [+ 305] 2⁄4. Anteil des Tempels des Amun, in Säcken: 20

Das macht in Säcken: 32 2⁄4 [+] 285 2⁄4, verteilt

Geliefert für khato-Land, in Säcken: [6 2⁄4 + 7]3, das macht für diesen Tempel

in Säcken: 26 [+] 212 2⁄4.

32 Siehe GASSE (Fn. 30); S.12.

Für die Domäne eines Tempels von Ramses II. (*Ramesse-meryamun-merut*) beträgt der Ertrag 32 ½ Säcke Gerste und 305 ½ Säcke Emmer. Der Tempel des Amun erhält davon 20 Säcke Emmer, was 6.5% aller Emmer-Säcke entspricht. Vom verbleibenden Rest werden 20% der Säcke mit Gerste und 26% der Säcke mit Emmer für *khato*-Land Pharaos – d.h. an den Staat – geliefert. Der Domäne bleiben somit 80% der Gerste-Säcke und 70% der Emmer-Säcke. Hier gehen also nur zwischen 20% und 30% der Getreidesäcke an andere Institutionen.

Es ist schwierig, einzuschätzen, wie repräsentativ diese beiden erhalten gebliebenen Paragraphen sind.[33] Die Domäne des Tempels des Chons hat zunächst einen Kostenaufwand und danach muss noch ein guter Teil ihres Ertrages an die Kornkammer des Amun abgeliefert werden. Der Tempel von Ramses II. hingegen muss eine gewisse Anzahl Säcke Getreide an den Tempel des Amun abliefern – die Höhe der Zahlung lässt einerseits an eine Abgeltung eines Kostenaufwands wie bei der Domäne des Tempels des Chons denken, oder aber an die im Papyrus Wilbour in den *posh*-Einträgen gut belegte «Managerentschädigung». Anschliessend geht ein moderater Teil des Ertrages für *khato*-Land an den Pharao. Letzteres suggeriert, dass ein Teil der Felder dieses Tempels den Status von *khato*-Land Pharaos hatte.[34] Allerdings ist in den vorangegangenen Zeilen, in denen die Ländereien einzeln beschrieben werden, nirgendwo von *khato*-Land die Rede. Auffällig ist, dass die Parzellen meistens viel grösser sind als im Papyrus Wilbour: Feldgrössen zwischen 25 und 63 Aruren sind nicht ungewöhnlich. Für eine Interpretation dessen, was in den Louvre und Griffith Fragmenten genau verzeichnet ist, ist unter

33 Die Schlussfolgerungen von HARING (Fn. 5), S. 335 sind, dass jeweils ein Kostenaufwand und dann entweder ein Beitrag für die Kornkammer des Hauses des Amun oder ein Beitrag für *khato*-Land Pharaos abgezogen werden darf. Er schlägt zudem vor, dass die unterschiedliche Höhe des Kostenaufwandes von den tatsächlichen Kosten für die Kultivierung und den Transport abhängen könnte.

34 Was dies genau bedeutete, ist nach wie vor unklar. Einigkeit herrscht nur darüber, dass es sich bei *khato*-Land um Land handeln muss, das die Tempel nutzen, auf dessen Erträge aber (zumindest noch) der Pharao und somit der Staat Ansprüche stellen.

anderem auch entscheidend, wie viel «Standardisierung» man bei den Aufzeichnungen in den diversen Papyri voraussetzen möchte. Die Felder im Papyrus Wilbour liegen im 17.–20. Oberägyptischen Gau und die meisten Felder im Text A haben Grössen zwischen 3 und 5 Aruren. Felder dieser Grösse können von einer Person mit einem Ochsengespann bestellt werden. Der Papyrus Wilbour enthält relativ detaillierte Aufzeichnungen was die für das Feld offiziell zuständigen Personen, den Status des Landes und die Teilung von Erträgen betrifft. Anzunehmen, dass diese Art der Darstellung in allen Gauen und zu anderen Zeiten in genau gleicher Weise üblich war, wäre falsch. Thema des Papyrus Reinhardt und der Louvre und Griffith Fragmente sind Ländereien im 10. Oberägyptischen Gau ca. 200 Jahre nach dem Entstehen des Papyrus Wilbour, als bereits eine andere Dynastie an der Macht war. Papyrus Reinhardt beschreibt die einzelnen Parzellen detailliert – da sogar die Berechnung der Fläche genau ausgeführt ist, sieht es so aus, als ob es sich um Land handelt, das zum allerersten Mal vermessen und aufgezeichnet wird. Am Ende jedes Paragraphen findet sich schliesslich eine Zusammenfassung und Aufsummierung dessen, was zuvor im Detail dargelegt wurde, aufgeschlüsselt nach der zuständigen Person. Ob es sich um nicht zugeteilte oder um zugeteilte Domänen handelt, sagt der Text nicht. Man erfährt nur, dass es offenbar Frondienstland gab. Die Louvre und Griffith Fragmente schliesslich scheinen nur die Informationen enthalten zu haben, die sich im Papyrus Reinhardt in der Zusammenfassung der Paragraphen finden. Auch hier bleibt unklar, ob es sich um nicht zugeteilte oder um zugeteilte Domänen handelt. Der auffälligste Unterschied zwischen diesen drei Papyri sind die darin vorkommenden Veranlagungsraten. Die in den Louvre und Griffith Fragmenten belegten Raten von 1 Sack pro Arure für Hohes Land und 2 Säcke pro Arure für Frisches Land haben dazu geführt, dass gerne direkte Vergleiche mit dem Papyrus Wilbour angestellt wurden: sowohl Alan Gardiner als auch Annie Gasse nahmen an, dass es sich bei den aufgezeichneten Beträgen

um Steuern handelt, die dann – verglichen mit den im Papyrus Wilbour vorkommenden Raten von 5 bzw. 10 Säcken pro Arure – insgesamt 20% des erwarteten mittleren Ertrages ausgemacht hätten.[35] Bereits Ben Haring erwähnt, dass es sich bei den Feldern in den Louvre und Griffith Fragmenten aber genauso gut um Felder zugeteilter Domänen handeln könnte:[36] dann wären seiner Meinung die angegebenen Werte am Ende der Paragraphen die institutionellen Nettoerträge aus zugeteilten Domänen, mit einer Veranlagungsrate, die deutlich höher wäre als die Rate im Papyrus Wilbour. Meines Erachtens ist es naheliegender, die Raten nicht mit denjenigen im erstens geographisch und zweitens zeitlich deutlich entfernteren Papyrus Wilbour zu vergleichen, sondern mit den belegten 15 Säcken pro Arure für Frisches Land im Papyrus Reinhardt. Für die nur sehr selten vorkommende Rate von 12 Säcken pro Arure im Papyrus Reinhardt ist leider nicht klar, ob sie für Erhöhtes, Hohes oder sogar anderes Frisches Land gilt, sodass darauf nicht näher eingegangen werden kann. 2 Säcke pro Arure bei einem erwarteten Ertrag von 15 Säcken pro Arure entsprechen etwas mehr als 13%. Demnach hätte sich seit den Zeiten des Papyrus Wilbour die «Managerentschädigung» für Frisches Land nahezu verdoppelt (von 7.5% auf 13.3%). Wegen der trotz einiger verbleibender Unklarheiten grossen Ähnlichkeit der drei bislang besprochenen Papyri möchte ich wie Ben Haring auch in den Angaben in den zusammenfassenden Paragraphen der Louvre und Griffith Fragmente die Nettoerträge aus zugeteilten Domänen der Institution erkennen, und nicht Steuern.

35 Siehe GARDINER (Fn. 3), S. 208 und GASSE (Fn. 30), S. 229-230.
36 Siehe HARING (Fn. 5), S. 339-340.

d. Papyrus Amiens und Baldwin

Ein Papyrus aus der späteren Ramessidenzeit, von dem sich heute ein Teil im Musée de Picardie in Amiens und ein anderer im British Museum in London befindet, liefert interessante Details darüber, wie das Getreide von den Domänen der Tempel, die im 10. und 11. Oberägyptischen Gau lagen, schliesslich zum Tempel gebracht wurden und was dies kostete.[37] Im Text ist von 21 Schiffen des Amun-Tempels in Theben die Rede, die für verschiedenste Institutionen das Getreide nach Theben befördern. Das am schwersten beladene Schiff transportierte knapp über 1000 Säcke Getreide, ein anderes hingegen nur 300 Säcke. Der Papyrus verrät auch, was an Kosten für die Mannschaft der Schiffe anfiel. Für 12 der 21 Schiffe haben sich die entsprechenden Zahlen erhalten: die Mannschaft bekommt zwischen knapp 4% und 15% der geladenen Säcke.[38] Eine logische Erklärung für die recht variablen Kosten für die Mannschaft wäre, dass die Mannschaft aus unterschiedlich vielen Personen bestand: dann würde man jedoch erwarten, dass bei denjenigen Schiffen, die mehr geladen hatten (und grösser waren?), höhere Kosten anfielen. Dies ist nicht der Fall. Dass die Schiffe unterschiedlich grosse Distanzen zurücklegten, kann nicht völlig ausgeschlossen werden. Allerdings ist im Papyrus eindeutig belegt, dass Getreide desselben Dreschplatzes auf mehrere Schiffe verteilt wurde. Ebenso ist klar, dass das Getreide einer Institution auf verschiedenen Schiffen transportiert

37 Der Papyrus Amiens ist ein Teil des Papyrus Baldwin, der sich heute im British Museum in London befindet (Inventarnummer EA 10061). Siehe JACOBUS J. JANSSEN, Grain transport in the Ramesside Period. Papyrus Baldwin (BM EA 10061) and Papyrus Amiens, Hieratic Papyri in the British Museum Vol. VIII, London 2004 und ALAN H. GARDINER, Ramesside texts relating to the taxation and transport of corn, The Journal of Egyptian Archaeology 27, 1941, S. 19-73.

38 Siehe JANSSEN (Fn. 37), S. 12-26: Der Anteil der Mannschaft beträgt 6.9% in Amiens recto II,3; 8.9% in Amiens recto II,9; 4.2% in Amiens recto III,3; 4.6% in Amiens recto III,12; 15.1% in Amiens recto IV,3; 12.7% in Amiens recto IV,8; 6.8% in Baldwin recto I,5; 5.5% in Baldwin recto II,4; 3.9% in Baldwin recto II,11; 5.2% in Baldwin recto III,4; 3.8% in Baldwin recto III,11 und 4% in Baldwin recto IV,5.

wurde. Im Papyrus Baldwin, recto IV,12 ist für das Schiff des Kapitäns Amenḥotep, das 450 Säcke Getreide transportiert, angegeben, wie sich die Mannschaft zusammensetzt und wer wie viele Säcke Getreide als Lohn erhält:[39]

> *Rationen seiner Mannschaft: 8 Männer, jeder 1 [Sack]. 1 Lehrling, macht ¾ Säcke.*
>
> *Sechs junge Männer, jeder ²⁄₄ Säcke. Macht pro Monat 11 ¾ Säcke, für 5 Monate*
>
> *60 Säcke. Aufstellung dessen, was ihm gegeben wurde.*

Dies legt nahe, dass der Lohn eines Mannschaftsmitglieds hauptsächlich von seiner Ausbildung abhing. Zudem sind die Löhne pro Monat und nicht pro Fahrt angegeben, d.h. die Mannschaft setzte sich wohl aus Tempelangestellten zusammen. Der Grund für die unterschiedlich hohen Transportkosten der verschiedenen Schiffe liegt darin, dass sich die Mannschaften unterschiedlich zusammensetzten und diese den Lohn vermutlich für unterschiedlich lange Zeiten erhielten. Im obigen Beispiel sind es 5 Monate. Wie bereits Janssen bemerkte, müssen die 60 Säcke Getreide für 5 Monate der Lohn für viel mehr als eine Fahrt von Mittelägypten nach Theben gewesen sein.[40]

e. Der sogenannte Turiner Steuerpapyrus

Der sogenannte Turiner Steuerpapyrus wurde im Jahr 12 von Pharao Ramses XI. geschrieben.[41] Es geht um Getreide aus königlichen *khato*-Domänen auf Tempelland, das vom Schreiber der königlichen Nekro-

39 Siehe JANSSEN (Fn. 37), S. 24 und 29-30.
40 Siehe JANSSEN (Fn. 37), S. 29.
41 Die Papyrusfragmente befinden sich heute im Ägyptischen Museum in Turin (Inventarnummern 1895 und 2006). Siehe GARDINER (Fn. 37), S. 23.

pole in Theben, Thutmosis, auf Geheiss des Kommandanten der südlichen Länder, Penḥasi, aus den Kornspeichern verschiedener Tempel in der Umgebung eingesammelt wird. Das Getreide ist für die Versorgung der Arbeiter der Nekropole bestimmt. Es handelt sich somit um eine eher «interne» Transaktion von einer königlichen bzw. staatlichen Institution zu einer anderen. Ob die angegebene Anzahl Säcke Getreide als Steuereinnahmen des Staates oder besser als Erträge aus zugeteilten Domänen anzusprechen ist, lässt sich nur schwer entscheiden, da keine Angaben zur Grösse der betreffenden Ländereien verfügbar sind. Die anfallenden Kosten werden in diesem Papyrus ebenso aufgelistet wie im zuvor erwähnten Papyrus Amiens/Baldwin. So heisst es etwa in 3,16–4,5:[42]

> *Total, 343 ¼ Säcke. Für die Kosten gegeben, 6 ¼ Säcke. Verbleibend für Pharao, 337 Säcke. Rest auf Rechnung des Tempelschreibers Penḥasi, 65 Säcke. Total, 402 Säcke.*
>
> *Erhalten im Jahr 12 im vierten Monat der Überschwemmungsjahreszeit am 24. Tag vom Bürgermeister des Westens der Stadt Pwero, vom Getreide das vom Schreiber der Nekropole Thutmosis und zwei Pförtnern im Boot des Kapitäns Tḥutwešbi und im Boot des Fischers Kadore herangebracht wurde, aus der Stadt Esna, 337 Säcke. Details: Angekommen und abgeliefert an den Bürgermeister vom Fischer Kadore: 110 ¼ Säcke. Gegeben als Ration an den Fischer Yetnufe, 1 Sack; total 111 ¼ Säcke. Defizit, 2 Säcke. Details des Defizits: der Pförtner Khensmose, 1 ¼ Säcke. Nesamenope, ¼ ⅛ Säcke; Kadore, ¼ Sack.*
>
> *Angekommen und abgeliefert an den Bürgermeister im Westen, vom Getreide des Kapitäns Tḥutwešbi, 203 ¾ Säcke. Gegeben für die Kosten des Kapitäns, 20 Säcke. Total, 225 Säcke.*

42 Siehe GARDINER (Fn. 37), S. 30–31.

Thutmosis' Rechenkünste lassen zu wünschen übrig: vor der zitierten Stelle heisst es, dass der Kapitän Tḥutwešbi 220 Säcke Getreide geladen habe und der Fischer Kadore 123 ¼ Säcke. In der Aufstellung hier hat Kadore nun nur 113 ¼ Säcke, Tḥutwešbi dafür fast 225.[43] Für welche Art von Kosten und an wen die 6 ¼ Säcke bezahlt wurden, bleibt unklar. Ein zuvor ungenannter Fischer Yetnufe erhält 1 Sack Getreide, einer der zwei Pförtner, die Thutmosis begleiten, Khensmose, 1 ¼ Säcke. Nesamenope, der ¼ ⅛ Säcke bekommt, ist ein Schreiber der Nekropole, d.h. ein Kollege von Thutmosis. Der Fischer Kadore, der das Getreide in sein Boot geladen, transportiert und an den Bürgermeister abgeliefert hat, muss sich mit ¼ Sack Getreide zufrieden geben, was weniger als 1% der verschifften Menge ausmacht. Der Kapitän Tḥutwešbi hingegen darf sich über knapp 9% der geladenen Säcke als Kostenentschädigung bzw. Lohn freuen. Ein Teil dieser Diskrepanz lässt sich mit dem höheren Status des Kapitäns erklären, dessen Boot vermutlich auch grösser war als dasjenige des Fischers. Ob die beiden für unterschiedlich viele Fahrten bezahlt wurden wie das der Papyrus Amiens/Baldwin nahe zu legen scheint, lässt sich leider nicht ausmachen. Jedenfalls verdient der Fischer weniger als ein vom Tempel angestellter junger Matrose im Papyrus Amiens/Baldwin pro Monat. Das könnte bedeuten, dass der Fischer für diese eine Fahrt zusätzlich angeheuert und daher auch nur dafür entlohnt wurde.

3. Schlussbetrachtungen

Vermutlich ist in keinem der vorgestellten Papyri von Steuern in modernem Sinn die Rede, in den meisten Fällen lässt sich das sogar ausschliessen. Meines Erachtens kann man die in verschiedenen Papyri belegten Abgaben am konsistentesten als Kostenaufwände und «Manager-

43 GARDINER (Fn. 37), S. 31-32 vermutet, dass Thutmosis die Bilanz frisiert hat.

entschädigungen» bzw. Pachtzinsen interpretieren. Die für uns heute etwas ungewöhnliche Art der Berechnung der fälligen Abgaben im Papyrus Wilbour, bei der nicht die Abgabenrate angepasst wird, sondern der Prozentsatz der Fläche des Feldes auf den diese Rate angewandt wird, ist typisch für ägyptische mathematische Operationen.

Inwieweit die Tempel und der Staat im Alten Ägypten unabhängige Institutionen waren, darüber gehen die Meinungen auseinander. Eindeutig belegt ist, dass Getreide Pharaos in den Kornspeichern von Tempeln gelagert wird. Der sogenannte Turiner Steuerpapyrus zeigt, dass in einer Notsituation ein Schreiber der Nekropole von einem Kommandanten – und nicht dem obersten Steuerbeamten – losgeschickt werden kann, um dringend benötigtes Getreide in der Umgebung einzusammeln, damit die Arbeiter versorgt werden können und nicht wegen eines Streiks die Arbeiten am Königsgrab ins Stocken geraten. Die auf diese Weise organisierten 600 Säcke Getreide hätten gereicht, die durchschnittlich 60 Arbeiter samt ihrer Familien für etwa zwei Monate zu versorgen, falls den Arbeitern die üblichen Löhne bezahlt wurden.[44] Ein Arbeiter erhielt 4 Säcke Emmer und 1 ½ Säcke Gerste pro Monat für sich und seine Familie, die zwei Vorarbeiter und der Schreiber sogar noch mehr.[45] Da die Arbeiter, die bei den Königsgräbern beschäftigt waren, ausserordentlich gut verdienten, darf man daraus nicht schliessen, dass Landarbeiter auch nur annähernd ähnlich gut entlohnt wurden. Die im Turiner Steuerpapyrus belegten ¼ Säcke Getreide als Lohn für den Fischer Kadore für mehrere Tage Arbeit sind wahrscheinlich ein repräsentativerer Vergleichswert.

Für die genannten Personen im Papyrus Wilbour, die das angegebene Feld tatsächlich selbst bestellten oder offiziell dafür zuständig waren,

44 Siehe KATARY (Fn. 14), S. 181.
45 JACOBUS J. JANSSEN, Commodity prices from the Ramessid Period. An economic study of the village of necropolis workmen at Thebes, Leiden 1975, S. 460–463.

machte es keinen Unterschied, ob sie einen Teil ihres Feldertrages an den Pharao oder an einen Tempel ablieferten und ob es sich bei den zu bezahlenden Gebühren letztendlich um einen Pachtzins, Miete/Pacht oder Steuern handelte. Falls die grossen Tempel dem Pharao Erntesteuern zu bezahlen hatten, so lief das auf einer höheren Ebene ab, die die Landnutzer nicht tangierte. Es sind keine Dokumente erhalten, welche Hinweise auf Steuerzahlungen von Tempeln an den Staat liefern. Für die privaten Landnutzer und die Administratoren kleiner Felder war nur wichtig, dass nicht unerwartet höhere Forderungen gestellt wurden. Dass dies passieren konnte, legt z.B. der Modellbrief Papyrus Bologna 1094 nahe, der eine Vorlage ist für einen Einspruch gegen etwas, was sich am besten als übermässige Abgabenlast interpretieren lässt. Ein Priester des Hauses des Seth schreibt darin an einen Ordner, weil «überhöhtes Geld» sowohl auf *khato*-Land Pharaos unter seiner Administration als auch auf Landgüter seines eigenen Tempels erhoben worden war.[46] Er beklagt die Ungerechtigkeit und betont, dass es «nicht seine fällige Abgabe» sei. Die überzogenen Ansprüche kamen offenbar von einem Gefolgsmann. Der Priester möchte, dass der Ordner wegen dieser Sache dem Wesir schreibt, der in der Angelegenheit ein Urteil fällen soll. Am Briefende verweist der Priester nochmals auf «die übermässige Abgabe», die ihm auferlegt wurde. Gab es Ungereimtheiten, konnte man sich also an eine höhere Instanz wenden, die dann über den Fall zu entscheiden hatte. Auch hier kommt wieder *khato*-Land Pharaos vor, das von einem Tempelbeamten zusammen mit Land seines eigenen Tempels administriert wird. Die Quellen legen somit tendenziell eine recht enge Verflechtung zwischen dem Staat und den Tempeln nahe. Deswegen kann nicht ausgeschlossen werden, dass die Tempel von ihren Nettoerträgen gar keine fixen Erntesteuern an den Pharao abzuliefern hatten.

46 Siehe ALAN H. GARDINER, Late-Egyptian Miscellanies, Brüssel 1937, S. 5-6 und KATARY (Fn. 14), S. 216-217.

*Alice Bairoch**

La centralisation du droit dans les colonies françaises, 1600–1764

Introduction

En 1604, Pierre du Gua de Monts (1560–1628) fonde la colonie de l'Acadie, au Canada. Cet événement marque le début d'une ère coloniale pour le royaume de France qui, au fil du XVIIe siècle et au début du XVIIIe siècle, va acquérir de nouveaux territoires en Amérique, en Afrique et en Asie. Dans ces terres vont venir s'installer des marchands, des religieux, des administrateurs ainsi que des colons qui vont devoir cohabiter. C'est la raison pour laquelle, il est nécessaire que les relations des justiciables soient réglées par des lois, comme en France métropolitaine.

Le roi de France possède des territoires très variés tant géographiquement que par les biens qu'ils fournissent : les îles des Antilles, le Canada, l'île de Gorée, Madagascar ou encore Pondichéry semblent trop différents pour être étudiés ensemble, globalement. Pourtant, toutes ces terres font partie des colonies françaises et, dès 1669, sont administrées par le ministère de la Marine. Cette administration centralisée depuis la métropole permet de justifier une approche commune de ces territoires.

La France de l'Ancien Régime est régie par divers droits coutumiers ou écrits. Malgré une volonté de centralisation débutée au XVIe siècle, le droit du royaume reste très marqué par la diversité et le roi de France

* Post-doctorante à la Faculté de Droit de l'Université de Genève.

n'a pas la possibilité d'imposer des normes ou un code à l'ensemble du royaume, comme ce sera le cas après la Révolution. Cet état de fait est-il transposable aux colonies ? Sont-elles régies par leurs propres lois à l'instar des provinces françaises ou, au contraire, bénéficient-elles d'un droit commun ?

Cet article sera l'occasion de nous intéresser à la centralisation juridique qui se produit dans les colonies, à partir du XVIIe siècle, alors que le droit du royaume reste très attaché aux coutumes locales. Pour ce faire, nous commencerons par un bref état des lieux du droit tel qu'appliqué dans le royaume et de la volonté de centralisation, qui s'intensifie au XVIIe siècle, avant de nous intéresser aux colonies et au droit qui les régit.

Dans un deuxième temps, nous nous interrogerons sur les raisons de la centralisation du droit des colonies. Quels sont les éléments qui permettent au roi de France et à ses administrateurs de mettre en place un droit commun à tous ces territoires disparates, alors qu'une telle action n'est pas possible dans le royaume ?

Enfin, si les colonies sont une motivation, pour les ministres du roi de France, à instaurer un modèle de centralisation juridique, qu'en est-il de l'applicabilité de ces normes ? Cette dernière partie portera sur la mise en œuvre des lois au niveau local, ainsi que sur les réalités de la centralisation juridique dans les colonies.

Nous avons choisi de nous focaliser sur le XVIIe et le début du XVIIIe siècle, car nous considérons qu'il s'agit du premier épisode colonial. En effet, la France débute l'acquisition de nouveaux territoires au XVIIe siècle – acquisition qui se poursuit jusqu'au XVIIIe siècle – et perd la plus grande partie d'entre eux en 1764, lors de la signature du traité de Paris, où elle remet le Canada ainsi que plusieurs territoires d'Amérique centrale et d'Asie à l'Angleterre. Cet épisode marque le terme d'une première ère coloniale et de la vision juridique attachée aux colonies.

La centralisation en métropole

Avant 1560, la notion de droit français n'existe pas en France métropolitaine. Le droit appliqué dans le royaume est fait de diverses coutumes, qui changent d'une région à l'autre. Par ailleurs, le royaume est séparé en une tradition orale dans le Nord et une tradition écrite dans le Sud, où le droit romain reste très présent[1].

La notion de droit français naît avec la volonté, initiée sous Charles VII, de rédiger les coutumes des différentes régions du royaume, afin de donner une assise plus solide au droit[2]. En effet, lorsque la coutume est rédigée, elle est acceptée au nom du roi et ne peut plus être modifiée sans son accord. L'objectif de cette rédaction est de pouvoir parvenir à un meilleur contrôle des lois appliquées dans le royaume[3]. Bien que les directives royales ne mentionnent pas expressément une volonté d'unification du droit, elles insistent sur la nécessité de prendre connaissance de l'ensemble des coutumes françaises[4].

La volonté de rédiger les coutumes, qui émerge au XVe siècle et se poursuit jusqu'à la fin du XVIIIe siècle, a pour but d'éviter le recours trop systématique au droit romain[5], mais surtout d'instaurer une forme d'unification et de centralisation du droit, un rejet du local pour des coutumes plus générales. La rédaction offre une meilleure connaissance du droit, une plus grande sécurité juridique. Cette volonté royale se heurte cependant aux seigneurs et administrés des différentes régions du royaume, qui voient d'un mauvais œil l'idée d'une diminution de leurs prérogatives.

1 Sueur, Philippe, *Histoire du droit public français, XVe-XVIIIe siècle, Affirmation et crise de l'État sous l'Ancien Régime*. Paris, PUF, 1994, p. 36.
2 Lovisi, Claire, *Introduction historique au droit*. Paris, Dalloz, 2016, p. 240.
3 *Ibid*., p. 241.
4 Grinberg, Martine, « La rédaction des coutumes et les droits seigneuriaux, Nommer, classer, exclure » *in Annales HSS*. Paris, n° 5, septembre-octobre 1997, p. 1022.
5 *Ibid*., p. 1021.

C'est pourquoi, lors de la rédaction des coutumes, les envoyés du roi doivent faire attention à ne pas empiéter sur les privilèges des villes et seigneuries du royaume[6].

À partir du XVII[e] siècle et de la venue au pouvoir d'Henri IV et de son ministre Loisel[7], la volonté de créer un droit commun pour le royaume s'intensifie. Dès la deuxième moitié du siècle, on assiste, sous Louis XIV, à la rédaction d'ordonnances de portée générale, qui unifient les règles de procédure dans tout le royaume. En 1667, Louis XIV publie le code Louis[8], ou ordonnance civile, qui est un véritable code de procédure civile. Si le droit civil reste du ressort des coutumes, trop ancré dans les traditions des différentes régions du royaume, la procédure est maintenant unifiée partout en France. Ceci consiste en une avancée manifeste vers l'objectif précité. D'autres ordonnances voient également le jour sous le règne de Louis XIV, telles que l'ordonnance criminelle[9] (1670) et l'ordonnance du commerce[10] (1673).

Dès l'arrivée au pouvoir de Colbert (1619-1683), contrôleur général des finances du royaume, puis ministre principal de Louis XIV, on assiste à la réduction de l'autonomie des villes et États provinciaux[11]. Cependant, cette volonté de centralisation, ou d'unification, est mise à mal par les acteurs locaux qui sont opposés à la disparition de leurs coutumes. En effet, on assiste à une révolte ouverte des villes contre le roi, au cours du XVII[e] siècle[12], en raison de la perte de leurs privilèges.

---

6 Grinberg, Martine ; Geoffroy-Poisson, Simone ; Laclau, Alexandra, « Rédaction des coutumes et territoires au XVIe siècle : Paris et Montfort-L'Amaury » *in Revue d'histoire moderne & contemporaine*. Paris, n° 52, 2, 2012, p. 52.

7 Rouland, Norbert, *L'État français et le pluralisme, Histoire politique des institutions publiques de 476 à 1792.* Paris, Odile Jacob, 1995, p. 201.

8 *Ordonnance civile touchant la réformation de la justice* ou *Code Louis.*

9 *Ordonnance criminelle du mois d'août 1670.*

10 *Ordonnance de 1673 pour le commerce* également parfois nommé *Code Savary*.

11 Rouland, *L'État français et le pluralisme, Histoire politique des institutions publiques de 476 à 1792, op. cit.,* p. 213.

12 *Ibid.*

Il y a donc bien un mouvement en faveur de la centralisation du droit dans le royaume, mais ce mouvement peine à s'imposer sur un territoire attaché à ses prérogatives. Malgré la rédaction des coutumes, le droit positif reste très local et les rois de France n'ont pas la possibilité d'imposer un code général pour tout le royaume.

Le cas des colonies

Dans les colonies, en revanche, on observe une évolution différente de cette volonté de centralisation du droit. Pierre du Gua de Monts, explorateur et commerçant, fonde, au nom du roi, la première colonie française, l'Acadie, en 1604[13], suivi de peu par Samuel de Champlain[14] (vers 1570-1635), à Québec, en 1608. Bien qu'ils ne soient que très peu nombreux et que leur maîtrise réelle du territoire reste très limitée, les Français revendiquent d'énormes portions de territoire au Canada :

> « *[…] et par ces presentes signées de notre main, nous commettons, ordonnons, faisons, constituons, et établissons notre lieutenant general pour representer notre personne aupais territoire coste et confins de la terre de l'Acadie, a commencer dès le quarantieme degré jusqu'au quarante sixieme et en icelle etendue, ou partie*

13 Plusieurs tentatives de colonisation ont lieu, au nom du roi de France, durant le XVI[e] siècle, mais celles-ci se soldent toutes sur des échecs et ne permettent pas la possession de colonies. À ce sujet, voir : Lestringant, Frank, *L'expérience huguenote au Nouveau Monde (XVIe siècle)*. Genève, Librairie Droz, 1996 et *Le huguenot et le sauvage : l'Amérique et la controverse coloniale, en France, au temps des guerres de religion (1555-1589)*. Genève, Droz, 2004.

14 Samuel de Champlain effectue son premier voyage en Amérique avec Pierre du Gua de Monts en tant que simple observateur. Ses écrits et ses qualités de géographe et dessinateur le rendent célèbre à la cour du roi de France et lui permettent de devenir lieutenant de de Monts en 1608, date à laquelle il fonde la ville de Québec, puis lieutenant général au nom de Charles de Bourbon, en 1612.

> *d'icelle tant et si avant que faire se pourra establir, estendre et faire reconnoitre notre puissance et autorité […].* »[15]

Ces terres sont toutes regroupées sous l'appellation de Nouvelle-France et sont administrées, dans les premières années, par un vice-roi et des marchands privés, détenteurs du monopole sur la région. Puis, par la suite, un gouverneur et un intendant agissent pour le compte du roi, tout en partageant leurs compétences avec la compagnie de commerce, chargée de l'exploitation de la colonie. Ce n'est qu'en 1675 que le Canada est rattaché au domaine du roi et qu'il cesse d'être administré par une compagnie de commerce[16].

La France fonde également des colonies dans les Antilles. En 1625, les premiers colons s'installent sur l'île de Saint-Christophe. Peu de temps après, Pierre Belain d'Esnambuc (1585-1637), capitaine de navire et flibustier, titulaire de lettres patentes lui permettant de s'installer à Saint-Christophe, démarre la colonisation de la Martinique. Suivront ensuite la Guadeloupe, Marie-Galante, la Grenade, Sainte-Lucie et Saint-Domingue. En 1682, l'aventurier et explorateur Robert Cavelier de la Salle (1643-1687) prend possession de la Louisiane au nom du roi. La colonisation de la Guyane débute au même moment que celle des An-

15 *Lettres patentes accordées à Pierre du Gua de Monts en qualité de lieutenant général*, 8 novembre 1603, FR ANOM COL C11A 1 F° 58. Voir également : *Edict du Roy pour l'establissement de la Compagnie de la Nouvelle-France, imprimé à Paris chez Sebastien Cramoisy*, mai 1628, FR ANOM COL C11A 1 F° 91, art. IV : « […] en toute propriété, justice & seigneurie, le fort & habitation de Quebecq avec tout ledit Païs de la Nouvelle France, dite Canada, tant le long des costes depuis la Floride, que nos predecesseurs Roys ont fait habiter en rangeant les costes de la Mer jusques au cercle Arctique pour latitude, & longitude depuis l'Isle de terre Neusve tirant à l'Oüest, jusques au grand Lac dit la Mer Douce, & au-delà : que dedans les terres & le long des rivieres qui y passent & se déchargent dans le fleuve appellé S. Laurens, autrement la grande riviere de Canada, & dans tous les autres fleuves qui les portent à la mer, terres, mines, minieres, pour joüir toutesfois desdites mines conformément à nos Ordonnances, Ports & Havres, Fleuves, Rivieres, Estangs, Isles, Isleaux, & generalement toute l'estenduë dudit Païs, au long et au large & par delà, tant et si avant qu'ils pourront estendre nostre nom & le faire cognoistre […] ».

16 Morin, Jacques-Yvan ; Woehrling, José, *Les constitutions du Canada et du Québec, du régime français à nos jours*. Montréal, Thémis, 1994, vol. 1, pp. 9-16.

tilles, en 1626. Dans les Indes, les Français fondent quelques comptoirs, dont le plus célèbre est Pondichéry, à partir de la création de la compagnie des Indes orientales en 1664. Ils créent également de petites colonies dans les Mascareignes dès 1642 (île Bourbon et île de France) et à Madagascar. En Afrique, le roi de France détient quelques comptoirs de traite au Sénégal dès 1626. Toutes ces prises de possessions se font au nom du roi, grâce à l'émission de lettres patentes, ou de commissions destinées à légitimer les actes des explorateurs.

Parmi ces possessions françaises, il existe deux types de territoires : les comptoirs et les colonies. Les premiers n'ont pas d'objectif de peuplement. Ils sont créés dans le but de favoriser le commerce avec les peuples à proximité desquels ils sont situés. Leur raison d'être étant essentiellement commerciale, les colons n'y sont pas nécessaires et le roi de France n'a pas pour but de les transformer en provinces françaises. La législation qui y est appliquée est donc plus sommaire que dans les colonies. Dans celles-ci, au contraire, il est nécessaire de mettre en place tout un attirail juridique afin de régler le quotidien des futurs habitants.

La littérature portant sur les colonies françaises au XVIIe et au début du XVIIIe siècle ne conçoit pas – ou très peu – l'étude de ces territoires de manière globale. Il existe un grand nombre d'ouvrages sur l'histoire de la Nouvelle-France, du Canada, des Antilles ou de la Louisiane, mais très peu de travaux s'intéressent à la vision de ces colonies comme un tout[17]. L'absence de vision généralisée des possessions françaises entre 1600 et 1763 a donc empêché les chercheurs de s'intéresser aux grandes similitudes entre ces territoires et, particulièrement, aux similitudes juridiques. En effet, il est nécessaire d'adopter une approche groupée des colonies, afin de comprendre que les établissements français ne sont pas des îlots

17 Bairoch de Sainte-Marie, Alice, « Les colonies françaises et le droit : une approche globale, 1600-1750 » *in Études canadiennes / Canadian Studies*. Paris, n° 82, 2017, pp. 87-119.

séparés et uniques, mais qu'ils répondent à une volonté politique générale développée en métropole, qui s'illustre à travers le droit. C'est à travers les lois appliquées dans les colonies, ainsi que par des chartes accordées à des explorateurs que le roi de France exprime ses intentions et, surtout, explique comment il justifie sa volonté coloniale vis-à-vis des autres États européens.

Comme nous allons le voir ci-dessous, l'étude de ces chartes et lois développées en métropole nous offre une vision globale du droit des colonies, des colonies que l'on veut semblables d'un point de vue juridique malgré leurs différences notables géographiques et économiques.

Les lettres patentes, qui permettent à un explorateur de prendre possession d'un territoire au nom du roi de France, sont émises à différentes périodes, au cours des XVIIe et XVIIIe siècles et pour des territoires distincts. Pourtant, toutes ces chartes comprennent les mêmes éléments et exigences relatives à ces différents lieux. Pour commencer, le roi de France insiste sur l'importance de la religion et la nécessité de convertir les peuples autochtones au catholicisme :

> « *Comme pour le desir dentendre et avoir congnoissance de plusieurs pays partie desquels on dit inhabitez et autres possedez par gens sauvages et estranges vivant sans congnoissance de dieu […] Affin de myeulx parvenir à notre intention et faire chose agréable à Dieu notre Créateur sauveur et redempteur et qui soit à la sanctification de son sainct nom et à l'augmentation de notre foy chrestienne et accroissement de notre mere Ste Eglise catholique […].* »[18]

18 *Commission de La Rocque de Roberval*, 1540 *in* Henry Harisse, *Notes pour servir à l'histoire, à la bibliographie et à la cartographie de la Nouvelle-France et des pays adjacents, 1545-1700*. Paris, Tross, 1872, p. 243.

Il s'agit du document autorisant, en 1540, Jean-François de La Rocque de Roberval (1500-1560), explorateur français du XVI[e] siècle, à prendre possession du Canada. En 1542, il s'établit au Canada et tente de fonder une colonie, qui ne parvient pas à passer l'hiver en raison du froid et de la famine. Malgré cet échec, le voyage de La Rocque de Roberval inaugure, à travers sa lettre patente, un modus operandi, que l'on retrouve dans tous les autres documents de prise de possession publiés durant les deux siècles suivants. La nécessité de convertir des peuples autochtones permet de justifier, face aux autres États européens, la prise de territoires dans le Nouveau Monde. En s'appuyant sur la religion, le roi de France démontre que l'acquisition de nouveaux territoires ne se fait pas seulement pour agrandir son royaume et augmenter sa puissance. Il se positionne face à l'Espagne et au Portugal qui se servent également de cette composante pour revendiquer de nouvelles terres[19].

Outre cette légitimation étatique, les lettres patentes donnent des directives aux explorateurs, gouverneurs et autres représentants du roi de France, qui vont devoir les mettre en œuvre. En matière de religion, toutes insistent sur l'obligation, pour leurs détenteurs, d'apporter la connaissance du christianisme aux peuples qui vivent sur ces terres :

> « *Comme nous regardons dans l'Etablissement de ladite Colonie particulierement la gloire de Dieu, en procurant le salut de ses Habitans, Indiens, Sauvages et Negres que nous desirons être instruits dans la vraie Religion, ladite Compagnie [la Compagnie royale de Saint-Domingue] sera obligée de bâtir à ses dépens des*

19 Voir notamment : Muldoon, James, *The Americas in the Spanish World Order, The Justification for Conquest in the Seventeenth Century.* Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 1994 et Pagden, Anthony, *Lords of all the World, Ideologies of Empire in Spain, Britain and France c.1500-c.1800.* New Haven/London, Yale University Press, 1995.

> *Eglises dans les lieux de ses Habitations, comme d'y entretenir le nombre d'Ecclésiastiques approuvés qui sera nécessaire […].* »[20]

Cet édit permet, en 1698, la création de la compagnie royale de Saint-Domingue, responsable de l'administration de l'île du même nom. Les Français possèdent l'île depuis 1626, mais les personnes chargées de la mise en œuvre de la colonisation[21] changent à plusieurs reprises, au cours du XVIIe siècle. En conséquence, construire des églises, recruter des prêtres et convertir les peuples autochtones sont des exigences indissociables de la colonisation, que l'on retrouve dans toutes les colonies.

Même si le roi de France propose une justification religieuse à l'acquisition de ses colonies, sa motivation principale reste le commerce, comme le prescrivent les lettres patentes accordées à Pierre du Gua de Monts en 1603, lors de sa prise de possession de l'Acadie : « *[…] combien peut etre fructueuse, commode et utile a nous nos etats et sujets la demeure possession et habitation d'iceului pour le grand et apparent profit qui se retirera par la grande frequentation que l'on aura avec les peuples qui s'y trouvent et le trafic et commerce qui se pourra par ce moyen surement traitter et negocier […]* »[22].

Contrairement aux espérances monarchiques, l'Acadie et le Canada se révèlent des colonies peu rentables. Jusqu'à leur perte, en 1713, pour l'Acadie et en 1763 pour le Canada, la métropole les considère comme un poids financier. Néanmoins, leur création, à l'instar des îles, plus rentables, des Antilles, a pour objectif de permettre le développement du commerce français, tout comme les autres territoires sur lesquels les Français s'implantent au cours des XVIIe et XVIIIe siècle.

---

20 *Édit en forme de Lettres patentes pour l'établissement de la Compagnie Royale de Saint-Domingue, dite de la Nouvelle-Bourgogne*, septembre 1698 *in* Médéric Louis Elie Moreau de Saint-Méry, *Loix et Constitutions des colonies françoises de l'Amérique sous le vent*. Paris, Quillau et Mequignon jeune, 1784, vol. 1, p. 610, art. V.

21 Des personnes privées (flibustiers, aventuriers), puis des compagnies de commerce.

22 *Lettres patentes accordées à Pierre du Gua de Monts en qualité de lieutenant général*, 8 novembre 1603, FR ANOM COL C11A 1 F° 58.

Les lettres patentes prescrivent non seulement ce qui doit être fait, en matière de colonisation, mais aussi comment cela doit être mis en œuvre : « *[…] traiter, contracter à même effet paix, alliance et confédération, bonne amitié, correspondance et communication avec les dits peuples et leurs princes ou autres ayant pouvoir et commandement sur eux ; entretenir, garder et soigneusement conserver les traités et alliances dont il conviendra avec eux […]* »[23].

L'alliance avec les populations autochtones est l'une des caractéristiques principales de la France dans ses colonies. Afin de favoriser le commerce, il est nécessaire de garder de bonnes relations avec les peuples locaux, qui vont pouvoir fournir aux commerçants français les denrées dont ils ont besoin. Les fourrures du Canada s'obtiennent par l'intermédiaire des peuples autochtones, tout comme les esclaves dans les comptoirs d'Afrique s'achètent auprès d'autres tribus du continent.

S'il est nécessaire de respecter les peuples autochtones et leurs possessions pour pouvoir commercer avec eux et les convertir au catholicisme, les lettres patentes prescrivent à tous les explorateurs et représentants du roi de France, de développer une véritable colonisation sur les terres dont ils prennent possession. Qu'il s'agisse de Saint-Domingue, de la Guyane, ou de l'Acadie, il est nécessaire d'envoyer des colons français en nombre suffisant pour démarrer des habitations et obtenir, à terme, des villes florissantes : « *[…] selon les qualités et merittes des personnes du pays, ou autres, sur tout peupler, cultiver et faire habituer lesdites terres les plus prometteuses, soigneusement et dextrement que le tems, les lieux et commodités le pourront permettre […]* »[24].

23 *Commission de Commandant en la Nouvelle-France par Mr le comte de Soissons, Lieutenant-Général au dit pays, en faveur du Sieur de Champlain*, du 15 octobre 1612 *in* Assemblée législative du Canada, *Complément des ordonnances et jugements des gouverneurs et intendants du Canada, précédé des commissions des dits gouverneurs et intendants et des différents officiers civils et de justice*. Québec, Presse à vapeur de E.R. Fréchette, 1856, vol. 3, p.11.

24 *Lettres patentes accordées à Pierre du Gua de Monts en qualité de lieutenant général*, 8 novembre 1603, FR ANOM COL C11A 1 F° 58.

Ainsi, les lettres patentes, accordées au début de la colonisation dans le but de prendre possession d'une terre, sont des instruments de droit public qui démontrent que les rois de France réitèrent, depuis La Rocque de Roberval, l'émission de documents aux arguments semblables, avec un vocabulaire commun. En effet, les autorités du royaume ont pour objectif d'administrer leurs différents territoires, quel que soit l'explorateur envoyé pour en prendre possession, selon un cadre juridique et des normes semblables. Les colonies sont ainsi soumises aux mêmes règles de droit public, indépendamment de leur destination commerciale et économique.

Droit privé : le cas de la coutume de Paris

Avant 1640, lors des premières années de colonisation, le droit privé des colonies est peu élaboré. Durant la période des monopoles commerciaux accordés à une personne privée, ce sont les lieutenants généraux et les vice-rois qui obtiennent leur pouvoir directement des lettres patentes et qui sont libres de mettre en place, sous réserve d'une ordonnance royale, les lois qu'ils estiment les plus adaptées à la colonie[25]. Lors de la création de compagnies de commerce par Richelieu en 1627, un gouverneur partage ses pouvoirs avec les représentants de la compagnie. Durant cette première moitié du XVIIe siècle, les colonies sont dirigées par le secrétariat d'État des Affaires étrangères et sont assimilées à des territoires ne relevant pas du royaume et de ses lois, à l'instar d'un État étranger. Seules les lettres patentes offrent des directives aux gouverneurs, vice-rois et généraux en charge de l'exploitation de ces terres qui restent libres de gérer leurs colonies, en s'inspirant du droit de la métropole et des besoins locaux.

25 Morin, *Les constitutions du Canada et du Québec, du régime français à nos jours*, *op. cit.*, p. 6.

En revanche, dès 1640 pour la Nouvelle France[26] et 1664 pour les autres colonies, le droit civil des colonies françaises est strictement réglementé : « *Seront les juges établis en tous les dits lieux, tenus de juger suivant les loix et ordonnances du royaume, et les officiers de suivre et se conformer à la Coutume de la prévôté et vicomté de Paris, suivant laquelle les habitans pourront contracter sans que l'on puisse y introduire aucune coutume pour éviter la diversité* »[27].

La coutume de Paris, élaborée en métropole pour la région de la ville de Paris, doit être appliquée dans toutes les colonies et les comptoirs[28]. La coutume de Paris remonte aux Xe et XIe siècles, une époque où elle n'est encore qu'un ensemble de préceptes non-écrits, qui sont observés dans la région de Paris, connue sous le nom de *cicra parisius*[29]. Suite au mouvement de codification des coutumes, elle est mise par écrit une première fois en 1510[30], avant d'être révisée en 1580[31]. Cette dernière version comprend 362 articles et se cantonne strictement au droit civil. Lors de la révision, ses auteurs ont pour objectif de rédiger des articles

26 La coutume de Paris est introduite en Nouvelle-France en 1640 par la compagnie des Cent-Associés et cohabite pendant quelques années avec celles du Vexin et de la Normandie. Zoltvany, Yves F., « Esquisse de la coutume de Paris » *in Revue d'histoire de l'Amérique française*. Montréal, vol. 25, n° 3, 1971, p. 367.

27 *Édit d'établissement de la compagnie des Indes occidentales*, 1664 *in* Assemblée législative du Canada, *Édits, Ordonnances royaux, Déclaration et Arrêts du conseil d'État du Roi concernant le Canada*. Québec, Presse à vapeur de E.R. Fréchette, 1854, vol. 1, p. 40, art. XXXIII.

28 « Seront les Juges établis en tous lesdits lieux, tenus de juger suivant les Loix & Ordonnances de nostre Royaume de France, & de suivre & se conformer à la Coutume de la Prevosté & Vicomté de Paris, suivant laquelle les habitans pourront contracter sans que l'on y puisse introduire aucune coustume pour éviter la dieversité. » *Declaration du roy portant établissement d'une compagnie des Indes orientales*, 1664 *in Déclaration du Roy l'une portant établissement d'une compagnie pour le Commerce des Indes Orientales, l'autre en faveur des officiers de son Conseil et Cours Souveraines intéressées en ladite Compagnie et en celle des Indes Occidentales*, *Registrées en Parlement le 1er Septembre 1664*. Paris, imprimeurs ordinaires du Roy, 1664. Cette loi s'applique aussi bien aux comptoirs des Indes dont fait partie Pondichéry qu'à Madagascar et aux îles Bourbon et Dauphine.

29 Zoltvany, « Esquisse de la coutume de Paris »*, op. cit.,* p. 366.

30 *Ibid.*

31 Sueur, *Histoire du droit public français, XVe-XVIIIe siècle, Affirmation et crise de l'État sous l'Ancien Régime*, *op. cit*., p. 51.

de portée générale et abstraite, peu influencés par le droit romain, afin d'étendre le champ d'application de cette coutume au-delà des frontières de la seule ville de Paris. Cette coutume est d'ailleurs appliquée à la ville de Calais, récemment reconquise, dès 1581, avant d'être exportée dans les colonies au XVIIe siècle[32]. Désirant étendre l'application de la coutume de Paris à l'ensemble du royaume, mais n'en ayant pas encore la possibilité matérielle, en raison de l'opposition des parlements, des villes, ainsi que des seigneurs locaux, les ministres du roi de France ont à disposition de vastes territoires vierges sur lesquels aucune coutume n'est encore établie. Ceci démontre, dès le milieu du XVIIe siècle, la volonté de traiter ces possessions comme des territoires au statut semblable.

L'application de la coutume de Paris à l'ensemble des colonies a lieu quelques années avant la création du ministère de la Marine, en 1669, chargé de la gestion des colonies. Désormais, ces territoires ne sont plus considérés comme des terres étrangères, mais dépendent directement du ministre nommé à ce poste. Il s'agit de Jean-Baptiste Colbert (1619-1683), qui y reste jusqu'en 1683, date de sa mort, et qui s'investit particulièrement dans le processus d'uniformisation juridique, qui se met en place dans le royaume. Il travaille activement à l'application de la coutume de Paris dans les colonies et est à l'origine des grandes ordonnances, qui paraissent en France sous le règne de Louis XIV, telles que l'ordonnance criminelle (1670) et l'ordonnance du commerce (1673)[33]. Comme la coutume de Paris, ces ordonnances sont, dès leur parution, appliquées à toutes les colonies françaises. La première règle l'organisation de la justice afin de lutter contre les abus et les lenteurs liées à l'absence d'une procédure unifiée. L'ordonnance du commerce, elle, a le même objec-

32 Johnson, Jerah, « La Coutume de Paris : Louisiana's First Law » *in Louisiana History : The Journal of the Louisiana Historical Association.* Lafayette, vol. 30, n° 2, 1989, p. 150.

33 Leca, Antoine, *Les métamorphoses du droit français, Histoire d'un système juridique des origines au XXIe siècle*. Paris, LexisNexis, 2011, pp. 180-185.

tif que la rédaction des coutumes. Elle fixe des règles précises dans un domaine régit par des coutumes fluctuantes et locales.

Une autre ordonnance est également appliquée dans toutes les colonies de l'empire, à l'exception du Canada. Il s'agit du code noir, mis en œuvre, pour la première fois en 1685, dans les établissements des Antilles, avant d'être étendu à tous les colonies esclavagistes françaises[34]. Cette loi n'est pas appliquée au Canada, car l'esclavage n'y est pas encouragé. En effet, bien que pratiqué officieusement, il reste interdit par les autorités françaises jusqu'en 1763, date de la perte de la colonie[35]. Les premiers esclaves arrivent à Saint-Christophe en 1628, mais il faut attendre 1660 pour qu'il y ait une véritable volonté étatique de mettre en place des colonies basées sur un système esclavagiste[36]. Or, à cette époque, le statut des esclaves n'est toujours pas réglementé. En France métropolitaine, l'esclavage est interdit depuis le Moyen-Âge[37], raison pour laquelle il n'est pas possible d'exporter une loi déjà en vigueur sur place, à l'instar de la coutume de Paris. C'est pourquoi, en 1685, Louis XIV promulgue le code noir, qui, à l'origine, a pour objectif de protéger les esclaves :

34 Il est d'abord appliqué en Guadeloupe, en Martinique et à Saint-Christophe. Il est étendu à Saint-Domingue en 1687 et en Guyane en 1704. Niort, Jean-François, « De l'ordonnance royale de mars 1685 à l'ordonnance locale sur la police générale des Nègres de décembre 1783 : remarques sur le « Code Noir » et son évolution juridique aux Iles françaises du Vent sous l'Ancien Régime » *in Bulletin de la Société d'Histoire de la Guadeloupe.* Pointe-à-Pitre, n° 173, 2016, p. 38.

35 L'usage d'esclaves africains est autorisé en 1689, mais le code noir n'est pas appliqué au Canada en raison de l'opposition de la métropole à transformer cette colonie en colonie esclavagiste. En 1721, l'intendant Begon propose à nouveau l'autorisation de l'esclavage, ce qui démontre que cette pratique n'est toujours pas d'actualité dans cette colonie. *Délibération du Conseil (nègres au Canada), Paris*, 14 janvier 1721, FR ANOM COL C11A 43 F° 116. Durant toute la période française, on ne dénombre que 300 esclaves d'origine africaine au Canada. En revanche, cette colonie pratique l'esclavage de populations amérindiennes qui, lui, n'est pas régi par le code noir. Rushforth, Brett, *Bonds of Alliance : Indigenous and Atlantic Slaveries in New France*. Chapel Hill, University of North Carolina Press, 2012.

36 Régent, Frédéric, *La France et ses esclaves, de la colonisation aux abolitions (1620-1848).* Paris, Grasset, 2007, p. 17.

37 Lemoyne Desessart, Nicolas-Toussaint, *Causes célèbres, curieuses et intéressantes, de toutes les cours souveraines du royaume, avec les jugemens qui les ont décidées.* Paris, P. G. Simon, 1777, t. XXXV, p. 71. L'auteur traite de Louis le Gros qui interdit pour la première fois le servage en 1135, bien que quelques exceptions subsistent encore. Il est suivi par Louis X le Hutin en 1315 qui, lui, l'abolit complétement.

> *« […] regler ce qui concerne l'Etat et la qualité des Esclaves dans nosdites Isles ; et désirant y pourvoir et leur faire connoître qu'encore qu'ils habitent des climats infiniment éloignés de notre séjour ordinaire, nous leur sommes toujours présent, non-seulement par l'étendue de notre puissance, mais encore par la promptitude de notre application à les secourir dans leurs nécessités.* »[38]

Les maîtres sont ainsi tenus de vêtir et nourrir leurs esclaves[39], et de leur permettre de ne pas travailler le dimanche, afin de pouvoir assister aux offices religieux[40]. Le code noir prévoit, en outre, la possibilité, pour les esclaves, de saisir la justice, en cas de non-respect des articles du code noir, afin d'obtenir réparation :

> « *Les Esclaves qui ne seront point nourris, vêtus et entretenus par leurs Maîtres, selon que nous l'avons ordonné par ces Présentes, pourront en donner avis à notre Procureur, et mettre leurs Mémoires entre ses mains ; sur lesquels, et même d'office, si les avis lui en viennent d'ailleurs, les Maîtres seront poursuivis à sa Requête et sans frais ; ce que nous voulons être observé pour les crimes et traitements barbares et inhumains des Maîtres envers leurs Esclaves.* »[41]

Au fil des années et de son application, le code noir subit plusieurs modifications et, notamment, un durcissement du statut des esclaves, pour lesquels l'affranchissement devient plus difficile[42]. On assiste également

38 *Code noir*, mars 1685 *in* Moreau de Saint-Méry, *Loix et Constitutions des colonies françoises de l'Amérique sous le vent*, *op. cit.,* vol. 1, p. 414.
39 *Ibid*., art. XXII.
40 *Ibid*, art. VI.
41 *Ibid*., art. XXVI.
42 Niort, « De l'ordonnance royale de mars 1685 à l'ordonnance locale sur la police générale des Nègres de décembre 1783 : remarques sur le « Code Noir » et son évolution juridique aux Îles françaises du Vent sous l'Ancien Régime », *op. cit.,* p. 41.

à la résolution du gouvernement d'interdire les métissages et d'appliquer une nette séparation entre la population esclave et celle des colons[43]. La Louisiane et les Mascareignes sont des colonies acquises plus tardivement que les îles des Antilles. La volonté royale étant également d'en faire des colonies esclavagistes, une nouvelle ordonnance est promulguée, en 1723, pour les Mascareignes et en 1724, pour la Louisiane. Ce nouveau code noir règle le statut des esclaves et introduit les changements que le ministre de la Marine estime nécessaires, depuis la parution du premier code noir de 1685. La publication de ces deux textes quasiment identiques[44] pour des territoires très différents et géographiquement très éloignés démontre la volonté royale d'avoir une conception juridique globale de ses colonies.

Les raisons de la centralisation juridique dans les colonies

Tant les ordonnances appliquées dans les colonies, que la coutume de Paris, indiquent un véritable effort de centralisation qu'il n'est pas possible de mettre en place en métropole à la même époque. Cela nous mène

43 Le code noir de Louisiane, publié en 1724, 40 ans après celui des îles des Antilles, interdit les métissages : *Code noir ou Edit du Roy du mois de mars 1724 concernant les esclaves de la Louisiane*, mars 1724, FR ANOM COL A 23 F° 50, art. VI : « Deffendons à nos sujets blancs de l'un et l'autre sexe, de contracter mariage avec les noirs, à peine de punition et d'amende arbitraire […] deffendons aussi sujets blancs, mesmes aux noirs, affranchis ou nez libres, de vivre en concubinage avec les esclaves […] ». En 1751, un projet de réforme du code noir prévoit la même interdiction pour les colonies des Antilles : « Le Code noir pourroit estre reformé dans plusieurs articles. Les mariages ne devroient plus estre permis entre des personnes libres et des esclaves ; ny meme entre gens de famille, et des mulatres libres, ou leurs descendans. Les raisons pour lesquelles on avoit toleré ces sortes de mariages ne subsistant plus, le pays est peuplé, et il y a beaucoup de ce qu'on appelle honnestes gens. […] ». *Observations sur l'administration de la justice aux isles du Vent, (également joint a la lettre de M. Marin du 15 septembre 1751),* 1751, FR ANOM COL C7A 16 F° 149.

44 White, Sophie, « Les esclaves et le droit en Louisiane sous le régime français, carrefour entre la Nouvelle-France, les Antilles et l'Océan indien » *in* Éric Wenzel (dir.), *Adapter le droit et rendre la justice aux clonies (XVIe-XIXe siècle)*. Dijon, Éditions Universitaires de Dijon, 2015, p. 59.

à nous demander pour quelles raisons cette centralisation juridique est rendue possible dans les colonies.

Tout d'abord, les colonies sont considérées, dès leur création, comme des lieux vierges, des terres où il est possible de construire de nouvelles villes exemptes des vices qui contaminent l'Europe. Les récits des premiers explorateurs français, tels que Samuel de Champlain, Marc Lescarbot (vers 1570-1641), ou ceux des premiers missionnaires jésuites, tels que Pierre Biard (1567-1622), ou Paul Le Jeune (1592-1664), associent une image de pureté et de renouveau aux terres qu'ils décrivent[45]. Cette notion de pureté est utilisée, tout d'abord, par les acteurs de la colonisation pour justifier la prise de possession de nouvelles terres. Comme indiqué dans les lettres patentes, la religion est l'un des arguments principaux de la colonisation française. En effet, au début du XVIIe siècle, à la fin des guerres de religion, le catholicisme est une composante essentielle de l'État français. Le roi très chrétien, fils aîné de l'église catholique, se doit de faire progresser la religion catholique dans le royaume et même au-delà de ses frontières[46]. À cet égard, la découverte d'un nouveau continent, l'Amérique, mais également les nombreux voyages en direction de l'Asie et de l'Afrique, offrent à la France un terrain fertile pour convertir des populations « sauvages », ou « barbares », qui peuvent ainsi être amenées à la connaissance de la vérité. Grâce à l'édit de Nantes qui met un terme aux guerres de religion, il est désormais possible, pour le royaume de France, de s'intéresser, comme l'Espagne et le Portugal, aux terres du Nouveau

45 Jaenen, Cornelius, J., « Les Sauvages Ameriquains : Persistence into the 18th Century of Traditional French Concepts and Constructs for Comprehending Amerindians » *in Ethnohistory*. Durham, vol. 29, nº 1, 1982, pp. 43-56.

46 On assiste, au XVIIe siècle, à une volonté de rassembler autour de l'Église, de faire respecter avec une plus grande rigueur, en France, les pratiques religieuses catholiques. Deslandres, Dominique, « La mission de Nouvelle-France et les modalités d'une migration spirituelle », *in* Philippe Joutard et Thomas Wien (dir.), *Mémoires de Nouvelle-France, de France en Nouvelle-France*. Rennes, Presses Universitaires de Rennes, 2005, p. 225.

Monde et de reprendre les tentatives avortées sous François Ier en Amérique du Nord, notamment.

Bien que les ethnologues soient d'accord aujourd'hui pour affirmer que les tribus autochtones, quelle que soit la colonie en question, ont des croyances religieuses, les Français estiment que les « sauvages »[47] qu'ils rencontrent sont sans religion : « *[…] tout cela ne se trouve point dans la bouche des Sauvages n'ayans ny vraye religion ny connoissance des vertus, ny police, ny gouvernement, ny Royaume, ny Republique […]* »[48].

L'auteur de ces lignes est Paul Le Jeune, missionnaire jésuite auprès des Montagnais, une nation amérindienne du Canada, dans les années 1630. En tant que missionnaire, Paul Le Jeune connaît intimement les nations qu'il fréquente et qu'il tente de convertir au catholicisme. Il est donc familiarisé avec leurs rites et leurs pratiques religieuses, mais ne les reconnaît pas comme une religion. En effet, pour les Français, la seule religion possible est le christianisme. Les autres formes de croyances ne sont pas considérées comme des religions. Le père Breboeuf, missionnaire chez les Hurons, au Canada, jésuite également, résume en 1635 le problème posé par les croyances autochtones aux Français :

> *« Il est si clair et si evident, qu'il est une Divinité qui a fait le Ciel et la terre, que nos Hurons ne la peuvent entierement mécognoistre. Et quoy qu'ils ayent les yeux de l'esprit fort obscurcis des tenebres d'une longue ignorance, de leurs vices et pechez, si est-ce qu'ils en voyent quelque chose. Mais ils se méprennent lourdement, et ayant la cognoissance de Dieu, ils ne luy rendent pas l'honneur,*

47 Il s'agit du terme utilisé par les explorateurs et missionnaires dans leurs relations.
48 Le Jeune, Paul, *Relations des Jésuites contenant ce qui s'est passé de plus remarquable dans les missions des pères de la Compagnie de Jésus dans la Nouvelle-France*, 1634. Québec, Augustin Coté, 1858, p. 48.

ny l'amour, ny le service qu'il convient : car ils n'ont ny Temples, ny Prestres, ny Festes, ny ceremonies aucunes. »[49]

Il reconnaît qu'il a observé la pratique de rites religieux chez les Hurons. Pourtant, il ne peut les assimiler à une véritable religion tant les croyances observées sont différentes des siennes. Les autochtones sont donc considérés comme des peuples sans religion, qu'il est nécessaire d'amener à la vraie foi, le catholicisme. Dans ce contexte, les colonies sont vues comme des lieux vierges, où la religion n'est pas encore présente, où la civilisation doit s'installer.

Interdiction du protestantisme

Ensuite, contrairement à la métropole, où, depuis la signature de l'édit de Nantes en 1598, les protestants sont tolérés[50], les colonies sont le berceau d'un renouveau du catholicisme. L'édit de Nantes, qui met un terme aux guerres de religion, est signé avant la possession des premières colonies françaises (en 1603). Il ne prévoit pas l'autorisation du protestantisme dans ces régions : « *[Nous] Défendons très expressément à tous ceux de ladite religion faire aucun exercice d'icelle tant pour le ministère, règlement, discipline ou instruction publique d'enfants et autres, en cestui notre royaume et pays de notre obéissance, en ce qui concerne la religion, fois qu'ès lieux permis et octroyés par le présent Edit* »[51].

49 de Breboeuf, Jean, *Relations des Jésuites contenant ce qui s'est passé de plus remarquable dans les missions des pères de la Compagnie de Jésus dans la Nouvelle-France*, 1635, Québec, Augustin Coté, 1858, p. 34.

50 Au sujet de l'édit de Nantes, voir, par ex. : Benoist, Elie*, Histoire de l'édit de Nantes.* Delft, 1693 à 1695, 5 vol. ; Garrisson, Janine*, L'Édit de Nantes, Chronique d'une paix attendue.* Paris, Fayard, 1998 ; Grandjean, Michel et Roussel, Bernard, *Coexister dans l'intolérance, L'édit de Nantes (1598).* Genève, Labor et Fides, 1998 ; Souchon, Cécile*, L'Édit de Nantes.* Paris, Ed. Jean-Paul Gisserot, 1998.

51 *Édit de Nantes,* avril 1598, art. XIII.

Comme nous pouvons le constater, l'exercice public de la religion n'est autorisé que dans les lieux définis par l'édit, ce qui n'est évidemment pas le cas des colonies à cette époque.

L'idéal religieux du XVIIe siècle n'admet pas la pluralité religieuse. La solution adoptée par l'édit de Nantes doit être évitée dans les colonies, de manière à ne pas compromettre les futures conversions autochtones. Malgré cela, durant les premières années de colonisation, les protestants ont encore la possibilité de venir s'installer dans les établissements français. Certains d'entre eux, à l'instar des frères de Caën en Acadie, sont même détenteurs d'un monopole commercial et donc chargés de bâtir la colonie au nom du roi[52]. Très vite, pourtant, ils deviennent indésirables. Dès 1629, les colons qui s'installent sur les nouvelles terres doivent être catholiques, ainsi que le prévoient les *Articles accordés par le roi à la Compagnie de la Nouvelle France*, compagnie chargée de mettre en œuvre la colonisation du Canada et de l'Acadie :

> « *Sans toutesfois qu'il soit loisible ausdits Associez & autres faire passer aucun Estranger esdits lieux, ainspeupler ladite Colonie de naturels François Catholiques, & sera enjoint à ceux qui commanderont en la Nouvelle France de tenir la main, à ce qu'exactement le present article soit executé selon sa forme & teneur, ne souffrans qu'il y soit contrevenu pour quelque cause ou occasion que ce soit, à peine d'en respondre en leur propre & privé nom.* »[53]

En 1685, cette interdiction est réaffirmée et étendue à toutes les colonies françaises. La correspondance entre le ministère de la Marine et les établissements français insiste également sur cette nécessité de garder des

52 Ils doivent d'ailleurs mettre en œuvre l'instruction religieuse catholique des peuples autochtones.

53 *Articles accordés par le roi à la Compagnie de la Nouvelle-France*, 1629, FR ANOM COL C11A 1 F° 79.

colonies avec une unité de religion catholique et d'y interdire la venue de protestants[54]. Les protestants ne sont pas les seuls à être interdits dans les colonies. Les juifs ne sont pas non plus les bienvenus. La raison :

> « *[…] generalle est que les differences de Religion causent d'abord des discentions en suitte des caballes, ces caballes forment des partis, et ces partis dégénèrent enfin en divisions dont les suittes sont toujours d'un danger infini.*
>
> *La raison particulière pour la Louisiane est le Voisinage des anglois fautteurs de touttes de sectes tant protestantes quautres aussy bien que les hollandois, lesquels outre cela veillent toujours a tendre leur commerce par touttes sortes de voyes et touttes sortes de prétextes.*
>
> *Pour les mesmes raisons, il faut encore moins souffir les Juifs que toutes les autres, ceux du Portugal donnent un bon exemple de s'en garantir.* »[55]

La Louisiane, dont il est question ici, doit être peuplée, comme les autres colonies, de colons catholiques, condition essentielle pour la mise en place de villes nouvelles, pures, exemptes des vices de la métropole.

En effet, dès la fin du XVIe siècle et, surtout au XVIIe siècle, les auteurs et acteurs de la colonisation française utilisent les colonies, leur nouveauté et leur pureté, qu'ils opposent à l'ancienneté de métropole et à ses nombreux travers. Les peuples autochtones nouvellement convertis ou à convertir sont mis sur un piédestal, présentés comme des êtres proches de la perfection. De la part des missionnaires, ce choix est essentiellement religieux, dans l'espoir de démontrer aux habitants de France

54 Par ex. *Correspondance de Pierre Hinselon [Hencelin], gouverneur de la Guadeloupe*, 26 février 1687, FR ANOM COL C7A 3 F° 139.

55 *Mémoire à l'attention de la Compagnie d'Occident sur la Louisiane*, 1716, FR ANOM COL C13A 4 p. 933.

métropolitaine que leur manière de pratiquer la religion catholique doit être améliorée. Cependant, qu'il s'agisse de missionnaires, d'officiels du gouvernement ou d'historiens, la religion est utilisée comme accessoire critique, dans le but de reprocher ses tares à la métropole. Afin d'illustrer ce phénomène, prenons l'exemple de Pierre Biard, premier missionnaire jésuite français à se rendre au Canada. En 1611, il décrit les vertus sociales des Amérindiens qu'il rencontre : *« […] ains tousiours un grand respect et amour entre eux ; ce qui nous donnoit un grand creve-cœur, lors que nous tournions les yeux sur nostre misere : car de voir une assemblée de François, sans reproches, mespris, ennuies et noises de l'un à l'autre, c'est autant difficile que de voir la mer sans ondes […] »*[56].

Cette description des Amérindiens permet au Jésuite de reprocher à ses coreligionnaires leur façon de vivre. Au fil du temps, les missionnaires apprennent à mieux connaître les peuples qu'ils désirent convertir. Leurs propos ne sont donc plus si élogieux, comme nous pouvons le constater en 1626, dans les écrits de Charles Lalemant (1587-1674), missionnaire auprès des Hurons, au Canada : « *Quant aux façons de faire des Sauvages, c'est assez de dire qu'elles sont tout-à-fait sauvages. Depuis le matin iusques au soir, ils n'ont d'autre soucy que de remplir leur ventre […]. Ils sont de vrais gueux, s'il en fut jamais, et neanmoins superbes au possible.* »[57]

Pourtant, lorsqu'il est question de la métropole, les Amérindiens redeviennent ces peuples exemplaires dont il est nécessaire de s'inspirer :

> « *Les exactions, les tromperies ; les vols, les rapts, les assassins, les perfidies, les inimitiez, les malices noires, ne se voyent icy qu'une fois l'an sur les papiers et sur les Gazettes, que quelques uns ap-*

56 BIARD, Pierre, *Relations des Jésuites contenant ce qui s'est passé de plus remarquable dans les missions des pères de la Compagnie de Jésus dans la Nouvelle-France*, 1611, *op. cit.*, p. 12.

57 LALEMANT, Charles, *Relations des Jésuites contenant ce qui s'est passé de plus remarquable dans les missions des pères de la Compagnie de Jésus dans la Nouvelle-France*, 1626, *op. cit.,* p. 2.

> *portent de l'Ancienne France […] Pleust à Dieu que les âmes amoureuses de la paix peussent voir combien douce est la vie esloignée des gehennes de mille complimens superflus, de la tyrannie des procez, des ravages de la guerre, et d'une infinité d'autres bestes sauvages qu'on ne rencontre point dans nos forests.* »[58]

L'image de pureté associée aux colonies est également utilisée pour convaincre le roi de France et d'éventuels investisseurs de la nécessité de développer les colonies. Tel est le cas d'un mémoire sur la Louisiane, écrit au début du XVII[e] siècle, qui traite des beautés naturelles du pays et des bontés de ses habitants :

> « *La chasse, et la peche, fournissent une abondance de gibier et de poisson ; les terres qu'on a defrichées produisent aisement pour la Vie des grains, des fruits et des legumes de toutes sortes […] Les Indiens qui habitent ce pays sont sociables, ils preferent les françois aux Espagnols […] et aux anglois […] ils [les Indiens] sont plus ou moins laborieux, […] , ils vivent en commun, et sans ambitions, ils ne desirent rien, ils s'occupent a la pesche, a la chasse, et a la guerre, ils cultivent la terre pour leur utilité, seulement […].* »[59]

Ces terres sont déjà occupées par des peuples autochtones, mais les autorités françaises considèrent les colonies comme des lieux nouveaux, où la création est possible, tant d'un point de vue de la religion que de la loi. Le père Le Jeune, missionnaire au Canada au début du XVII[e] siècle illustre

58 Le Jeune, Paul, *Relations des Jésuites contenant ce qui s'est passé de plus remarquable dans les missions des pères de la Compagnie de Jésus dans la Nouvelle-France*, 1636, *op. cit.*, p. 42.

59 *Instruction sommaire pour achever en peu de temps un solide établissement dans la Louisiane, dirigée par les S. Droûot de Valdeterre Ecuyer Capitaine Reformé au regiment du Prince de Pons, cydevant commandant l'isle Dauphine & les Biloxy dans la Louisiane,* [XVIII[e] siècle], FR ANOM COL C13A 6 F° 352.

parfaitement cette vision : « *[…] Il est bien aisé dans un pays nouveau, où les familles arrivent toutes disposées à recevoir les loix qu'on y establira, de bannir les meschantes coustumes de quelques endroits de l'ancienne France, et d'en introduire de meilleures* » [60]. C'est ainsi que la coutume de Paris est retenue, au détriment d'autres coutumes régionales.

Mise en œuvre du droit dans les colonies

La volonté de centralisation du droit dans les colonies est néanmoins contrebalancée par l'éloignement des territoires de la métropole, le choix des personnes chargées de l'application des lois, ainsi que de la difficulté de mettre en œuvre des normes pensées pour la région de Paris dans des lieux aussi différents que les Antilles ou les Mascareignes.

L'application de la coutume de Paris ne se fait pas de manière automatique et naturelle. Les premières années de colonisation, durant lesquelles elle n'est pas encore rendue obligatoire créent des habitudes, dont il est difficile de se défaire. Ainsi, au Canada, les premiers colons sont des Normands, qui appliquent naturellement les lois provenant de leur région d'origine, à savoir, la coutume du Vexin[61], malgré la mise en œuvre de la coutume de Paris. À Saint-Domingue, en 1687, le conseil du Petit-Goave publie un arrêt qui ordonne la mise en exécution de la coutume de Paris trop peu respectée par les justiciables dans la colonie :

> « *Vu par le Conseil Souverain la Requête à lui présentée par le Procureur-Général du Roi, expositive qu'il a remarqué qu'il se commet plusieurs abus dans l'administration de la Justice, à cause du peu de soin que les Juges apportent à l'observation des*

60 *Ibid.*, p. 5.
61 Antier, Louis, *La Survivance de la seconde coutume de Paris, Le droit civil du Bas-Canada, Thèse pour le doctorat.* Rouen, Imprimerie des « Petites affiches », 1923, pp. 16-17.

> *Ordonnances de sa Majesté, qui leur doivent servir de règles, et auxquelles ils doivent conformer les Jugemens qu'ils rendent, l'inobservation desquelles rend le droit d'un chacun fort incertain ; à quoi il est nécessaire de pourvoir, […] il seroit expressément dit et enjoint, tant aux Juges ordinaires qu'aux autres Officiers de Justice, d'observer de point en point les Ordonnances de Sa Majesté et la Coutume de Paris […] fait défenses à tous lesdits Juges et Officiers de contrevenir auxdites Ordonnances, Coutume, au présent Arrêt, à peine de nullité de leurs Jugemens […] et d'autres plus grandes peines si le cas y échoit […].* »[62]

La volonté de la métropole est d'empêcher la création de nouveaux usages. Les peines prévues à l'encontre des juges par le conseil du Petit-Goave démontrent l'importance accordée à la mise en place de la coutume de Paris. Le non-respect de cet ensemble de lois est considéré par les autorités métropolitaines et coloniales comme dangereux pour l'évolution des colonies. La métropole désire donc contrôler de manière très stricte l'application des lois dans les colonies et ne tolère, dans les premiers temps, que très peu de latitude de jugement face à la lettre de la loi[63]. Elle ne désire pas non plus que la coutume de Paris évolue en une nouvelle coutume coloniale, raison pour laquelle les avocats et les procureurs sont interdits dans les colonies[64]. En effet, en interdisant la venue de ces acteurs du droit, on empêche la création d'un mouvement de réflexion sur la loi ainsi que la rédaction d'une doctrine et d'une jurisprudence propres aux colonies.

62 *Arrêt du Conseil du Petit-Goave, qui ordonne l'exécution de la coutume de Paris, et des Ordonnances de Sa Majesté*, 6 mars 1687 *in* Moreau de Saint-Méry, *Loix et Constitutions des colonies françoises de l'Amérique sous le vent*, *op. cit.*, vol. 1, p. 451.

63 Gilles, David, « Les acteurs de la norme coloniale face au droit métropolitain : de l'adaptation à l'appropriation (Canada XVIIe-XVIIIe s.) » *in Clio@themis*. Paris, n° 4, 2011, p. 4.

64 *Ibid.,* p. 5.

En l'absence d'un conseil souverain[65], ce sont les gouverneurs et intendants qui sont chargés de mettre en œuvre les lois dans les colonies. En 1673, Colbert, ministre de la Marine, envoie au comte de Frontenac (1622-1698), intendant de la Nouvelle-France, une lettre dans laquelle il reproche à ce dernier la mise en place d'états généraux de la colonie :

> « *Il est bon que vous observiez que, comme vous debvez tousjours suivre dans le gouvernement et la conduite de ce païs-là les formes qui se pratiquent icy, et que nos Roys ont estimé du bien de leur service depuis longtemps, de ne point assembler les Estats Généraux de leur Royaume, pour peut estre anéantir insensiblement cette forme ancienne […].* »[66]

Une telle initiative ne peut être tolérée. La politique coloniale est opposée à l'élaboration de nouvelles pratiques judiciaires. Malgré l'éloignement de la métropole et la difficulté de contrôle des activités des autorités, le ministère de la Marine désire que les colonies appliquent fidèlement les lois métropolitaines.

Les faits viennent cependant nuancer les directives métropolitaines. Les différentes personnalités en charge de l'application de la coutume de Paris, qui agissent, chacune dans leur colonie sans se concerter, tend évidemment à créer des disparités entre les territoires français. Dans des colonies naissantes, où les infrastructures sont quasi-inexistantes et les moyens limités, il est souvent difficile de remplir toutes les conditions exigées par une loi élaborée en métropole, où les routes et communications ne représentent pas un défi.

En 1716, un mémoire sur la Louisiane s'intéresse à l'application de la coutume de Paris dans la colonie. Des problèmes de mise en œuvre se

65 Au Canada, par exemple, il n'est créé qu'à partir de 1663.
66 *Colbert à Frontenac*, 13 juin 1673, FR ANOM COL B 5 F° 25.

posent à cause des délais qui, sur des territoires aussi vastes que la Louisiane ou le Canada, ne peuvent être respectés :

> « *Il faudroit suivre entout la coutume de Paris quant au fond […] Quant a la forme, l'on trouve de la difficulté a la suivre, parce que quand il s'agiroit que des delais seulement dans un pays de Bois habité par des nations différentes et qui n'est pas encore bien connu, il n'y auroit pas moyen surtout quant aux effets mobiliers de jamais terminer aucun procez n'y de s'asseurer d'aucun scelez car une partie dont la cause ne seroit pas bonne se retireroit avec tous les effets dans les habitations des Sauvages […].* »[67]

À cette époque, les communications sont lentes. Contrairement à la métropole, où il existe des routes qui permettent aux informations d'être acheminées le plus vite possible, en Louisiane comme dans les autres colonies, la transmission d'informations prend du temps, du fait de l'absence de voies terrestres et de l'éloignement géographique. L'auteur du mémoire alerte également ses lecteurs sur un aspect qui pose problème pour l'application de la coutume de Paris. Il n'existe aucun moyen de contrôle de la mise en œuvre des décisions. Celui qui fait office de juge n'a que peu de pouvoir. Il est impossible à la justice de vérifier que les administrés suivent la loi. L'auteur du mémoire indique que certains coupables se réfugient au sein de nations autochtones pour échapper à la justice.

Par ailleurs, les infrastructures nécessaires à l'application stricte de la loi et des directives métropolitaines sont souvent trop peu développées voir même, inexistantes, comme c'est le cas dans les Antilles, en 1681. À cette époque, le roi écrit au gouverneur des îles, afin de s'opposer à la pratique

67 *Mémoire sur la Louisiane à l'attention de la Compagnie d'Occident*, 1716, FR ANOM COL C13A 4 p. 933.

établie dans ces colonies d'enfermer les prisonniers ordinaires dans les forteresses où sont cantonnées les garnisons de soldats :

> *« [...] je vous dirai qu'il est contre l'ordre établi dans mon Royaume de mettre les Prisonniers des Justices ordinaires dans les Châteaux ou Forteresses où il y a garnison ; ainsi, pour suivre cet ordre, j'écris au sieur Patoulet de prendre les mesures nécessaires pour faire bâtir promptement une Prison au Bourg Saint-Pierre où puissent être mis les Prisonniers arrêtés par ordre de la Justice ordinaire ou du Conseil souverain [...].* »[68]

Cependant, la prison nécessaire au respect des directives du roi n'est pas encore construite. Dans ces conditions, il est difficile, pour les juges, de suivre la loi française interdisant de mélanger les prisonniers civils avec les détenus militaires. Il s'agit là d'un des nombreux problèmes d'infrastructures liés à la volonté d'application stricte de ces lois dans les colonies.

Le roi de France est néanmoins conscient des difficultés d'application de la coutume de Paris inhérentes aux colonies. Dans sa lettre au gouverneur général des îles des Antilles, il accepte la situation actuelle et, en la reconnaissant, la régularise. Il exige toutefois la construction rapide d'un bâtiment adapté aux prisonniers ordinaires : *« [...] et en attendant que cette Prison puisse être bâtie, je consens qu'on continue de mettre lesdits Prisonniers dans le Fort, mais à condition qu'il sera accommodé un endroit sûr dans lequel ils pourront être gardés par un Concierge établi par le Conseil Souverain, et qui aura serment en Justice »*[69]. La solution trouvée en l'absence de prison suit la volonté royale, élaborée dès 1674 dans une lettre écrite au gouverneur

68 *Extrait d'une Lettre du Roi au Gouverneur-Général des Isles. Portant que les Habitans ne doivent pas être emprisonnés dans les Prisons Militaires pour des faits du ressort de la Justice ordinaire*, 15 juillet 1681 *in* Moreau de Saint-Méry, *Loix et Constitutions des colonies françoises de l'Amérique sous le vent*, *op. cit.*, vol. 1, p. 354.

69 *Ibid.*

de Nouvelle-France, dans laquelle le ministre de la Marine encourage une application souple de la loi :

> « *[…] dans une colonie foible comme est celle ou vous estes & où vostre principale et presque unique application doit estre d'y maintenir & conserver tous les habitans qui y sont et y en appeler de nouveaux, vous ne devez user du pouvoir que je vous donne qu'avec beaucoup de temperament et de douceur en ne punissant que les fautes capitalles et evitant avec soin d'en tirer les punitions en longueur parce que les esprits se divisent s'aigrissent et se divertissent entierment de leur principal travail qui consiste a pourvoir a la seureté et subsistance de la famille […].* »[70]

En effet, toutes les dispositions de la coutume de Paris ne sont pas appliquées en Nouvelle-France, colonie dont il est question dans cet extrait. Le domaine de la féodalité est celui qui subit le plus de changement par rapport à la manière dont la coutume est appliquée en métropole. Cette coutume est d'ailleurs adaptée aux réalités de la colonie à plusieurs reprises au cours du XVIIe siècle par le Conseil souverain de la Nouvelle-France. Tel est également le cas dans les Antilles, dès la fin du XVIIe siècle, où les modalités d'héritage prévues par la coutume sont inapplicables, compte tenu de la réalité des plantations et de l'impossibilité de leur morcellement[71].

70 *Lettre du Roy a Mr le Comte de Frontenac, Versailles*, 22 avril 1675, FR ANOM COL B 6 F° 94v.

71 Géraud-Llorca, Edith, « La Coutume de Paris outre-mer : l'habitation antillaise sous l'Ancien Régime » *in Revue historique de droit français et étranger*. Paris, vol. 60, n° 2, 1982, pp. 207-259.

Un code civil pour les colonies

Si le roi choisit de mettre en place la coutume de Paris en guise de code civil des colonies, d'autres idées voient le jour à mesure que les années avancent et que les administrateurs des colonies sont confrontés à l'application de la loi. À ce sujet, Mathieu-Benoît Collet (vers 1671-1727), avocat de formation et procureur général au conseil supérieur de Québec entre 1712 et 1727, s'intéresse à la question de l'application de la loi dans les colonies[72]. À travers une série de neuf mémoires adressés au ministère de la Marine, il élabore différentes solutions pour faire face aux problèmes de mise en œuvre des lois élaborées par la métropole. L'une de ces solutions est la création d'un nouveau code civil, applicable à toutes les colonies et rédigé spécialement pour elles : « *Il [le sieur Collet] offre de faire ce travail qui pourra servir pour toutes les Colonies et estre intitulé code civil pour la nouvelle France et autres colonies françoises. Mais afin que les peuples puissent en retirer toute l'utilité qu'on en doit esperer, il sera necessaire que cette ordonnance soit imprimée* »[73].

Le projet reprend ainsi la volonté de codification des coutumes mise en œuvre deux siècles plus tôt dans le but d'assurer la sécurité et l'unité d'application du droit. Mathieu-Benoît Collet propose cette idée de code civil, code qui, rappelons-le, n'existe pas encore en France métropolitaine[74], afin de pallier les difficultés d'application rencontrées par la coutume de Paris, qui peine à s'adapter aux spécificités locales. En effet, l'auteur des neuf mémoires, contrairement à nombre de ses collègues, est en

72 Morel, André, « Collet, Mathieu-Benoît » *in* George W. Brown (dir.) [et al.], *Dictionnaire biographique du Canada*. Québec, Les Presses de l'Université de Laval, 1991, vol. 2.

73 *Délibération du Conseil, Paris*, 15 juin 1717, FR ANOM COL C11A 37 F° 237.

74 Le premier code civil français, appliqué à l'ensemble du territoire, date de 1804, époque de l'arrivée de Napoléon Bonaparte au pouvoir. Leca, *Les métamorphoses du droit français, Histoire d'un système juridique des origines au XXIe siècle*, *op. cit.*, p. 245.

faveur d'une application stricte de la coutume de Paris dans les colonies. Il estime que celle-ci est mal respectée en raison d'une méconnaissance des praticiens chargés de la mettre en œuvre :

> « *Les praticiens et ceux qui ont l'esprit processif s'étudient a chercher des deffauts de formalité dans les actes et contrats et dans les procédures de vente par l'incitation ou des adjudications par décret, ce qui leur fournit une pepiniere de procés dont l'origine vient de l'ignorance de la coutume changée ou abrogée, ce qui détourne les habitans de la culture de leurs terres et les empeche de faire de nouvelles acquisitions de crainte d'en estre evincés. L'ignorance de ces habitans paroist des plus excusables, et comme elle leur cause un prejudice notable. Il propose deux moyens pour y remedier […].* »[75]

Faisant suite au courant de codification et à la rédaction d'ordonnances générales qui se développe sous Louis XIV, Collet désire rédiger le même type de document que l'ordonnance sur la marine de 1681, ou le code noir de 1685. Ce code civil ne doit pas être compris selon notre vision du droit civil actuel. L'auteur désire en effet rassembler en un seul texte : « *[…] toutes les dispositions qui doivent estre observées soit de l'ordonnance de 1667, soit du règlement de 1678 […]* »[76].

Or, ces dispositions portent sur la procédure civile. Ce sont essentiellement des problèmes de procédure qui empêchent les procès d'être menés à bien. Comme nous l'avons vu, les délais sont impossibles à respecter et l'ignorance en la matière permet souvent de rejeter une action en justice qui ne respecte pas les formalités légales. Malgré la volonté de codification et de rédaction de grandes ordonnances présente dès le XVIIe siècle, le roi de France ne peut pas modifier le contenu des droits coutumiers

75 *Délibération du Conseil, Paris*, 15 juin 1717, FR ANOM COL C11A 37 F° 237.
76 1717, FR ANOM COL C11A 37 F° 247.

préexistants sur le territoire du royaume[77]. L'ordonnance de 1667[78], dont il est question ici, ressemble fortement à un code de procédure civile, désireuse de faire cesser les disparités d'application de la loi et de fonctionnement des tribunaux dans le royaume. Il en va de même du règlement de 1678[79]. À peu près à la même époque, en 1670, paraît *L'ordonnance criminelle*[80] qui, à l'instar du code de procédure civile, n'a pas pour objectif de modifier le droit pénal en vigueur dans le royaume, puisqu'il ne s'agit pas d'un domaine dans lequel le roi peut agir librement, mais d'arrêter une procédure pénale, afin d'assurer une plus grande sécurité du droit. Suivant cette mouvance, le projet de Mathieu-Benoît Collet veut gommer les disparités liées aux problèmes d'application de la coutume de Paris, en créant un code de procédure civile propre aux colonies.

Les premières réactions du ministère de la Marine à la proposition de Collet sont positives[81]. Néanmoins, après une étude plus approfondie de la proposition, le roi de France rejette cette idée : « *Le conseil ne juge pas a propos […] Il feroit mieux de repasser en Canada ou sa presence est plus utile à la France* »[82]. Ce rejet est lié à l'objectif de Mathieu-Benoît Collet d'aider les colonies à appliquer le droit à leur manière, de façon que les différences locales ne fassent pas obstacle à la bonne marche des procès. Le texte de Collet accorde donc une grande importance aux disparités entre la métropole et la colonie, mettant en avant une volonté de respect des divergences entre le royaume et ses établissements du Nouveau Monde. Or, depuis la deuxième moitié du XVII[e] siècle et les grandes or-

77 Sueur, *Histoire du droit public français, XVe-XVIIIe siècle, Affirmation et crise de l'État sous l'Ancien Régime*, *op. cit.,* p. 40.
78 *Ordonnance civile touchant la réformation de la justice* ou *Code Louis*, avril 1667.
79 De Jouy, Louis-François, *Arrests de Reglement, Recueillis et mis en Ordre.* Paris, Durand/Pissot, 1752, p. 114.
80 Sallé, M., Avocat au Parlement*, L'esprit des ordonnances de Louis XIV, ouvrage où l'on a réuni la théorie et la pratique des ordonnances, tome second, Contenant l'Ordonnance Criminelle de 1670, l'Ordonnance du Commerce de 1673, & l'Edit de 1695 sur la Juridiction Ecclésiastique.* Paris, Samson, 1758.
81 1717, FR ANOM COL C11A 37 F° 247.
82 18 juin 1717, FR ANOM COL C11A 37 F° 247.

donnances de Louis XIV, la tendance n'est plus au respect des disparités locales. En voulant simplifier le droit civil des colonies, le projet de Collet sépare le droit des colonies de celui de la métropole. Pour cette raison, son projet de code civil crée trop d'oppositions pour qu'il soit retenu[83].

Collet n'est pourtant pas le seul à émettre l'idée d'un code civil pour les colonies. Au début du XVIIIe siècle, plusieurs auteurs argumentent en ce sens, à l'image de Pierre-Louis de Saintard (1718-1766), économiste installé à Saint-Domingue et conseiller au Conseil supérieur de Port-au-Prince, dont les textes sont en faveur d'une plus grande liberté des colonies. Lui aussi propose un code applicable aux seules colonies, sous la forme d'une constitution : « *Une constitution réelle présente un tableau différent. Elle rameneroit le devoir, qui ne peut actuellement se trouver dans l'observation des Loix qu'on ne peut suivre ; le zéle qu'on a souvent puni ; l'amour du bien public qui se cache & se dérobe dans la profondeur d'un silence qu'on soupçonne, ou qu'on accuse* »[84].

En effet, pour lui, l'application de la coutume de Paris est trop soumise à la volonté des administrateurs des colonies, qui l'adaptent en fonction de leurs intérêts personnels : « *Quel est l'homme qui maître de tout faire, ne fait pas le mal ; qui ne met pas souvent les mœurs à la place de la politique, ou la politique à la place des mœurs, & par-là ses volontés à la place des Loix ; qui voulant tout eriger, ne détruit pas tout !* »[85]

Comme pour le projet de code civil de Collet, le ministère de la Marine ne suit pas l'idée de Saintard au sujet d'une constitution pour les colonies. À cette époque, le gouvernement lutte contre toute velléité d'indépendance de ces territoires, tant par le droit que par ses choix politiques.

83 Morel, « Collet, Mathieu-Benoît », *op. cit.*

84 Saintard, Pierre-Louis de, *Essai sur les colonies Françoises ; ou Discours Politiques sur la Nature du Gouvernement, de la Population & du Commerce de la Colonie de S. D.,* 1754, p. 188.

85 *Ibid.,* p. 131.

L'unification du droit des colonies reste désirée, mais uniquement grâce à la centralisation juridique, par l'application de normes métropolitaines aux territoires d'outre-mer.

Conclusion

Si la métropole se révèle trop figée par des usages hérités du Moyen-Âge pour permettre une réelle révolution législative, par l'effacement des coutumes, au profit d'une centralisation juridique, tel n'est pas le cas des colonies. Dans ces dernières, où, lors de l'arrivée des premiers colons, les relations des Européens ne sont soumises à aucune législation et où chacun arrive avec son héritage juridique, il s'avère nécessaire d'instaurer des lois, afin d'éviter l'anarchie. Les autorités françaises considèrent que, n'ayant jamais été peuplées par des Européens auparavant, ces terres vont permettre une liberté juridique qui n'est pas réalisable en métropole. La volonté de centralisation, qui peine à s'imposer en métropole, s'avère possible et, grâce à l'instauration de la coutume de Paris sur tous les nouveaux territoires du roi de France, les colonies sont soumises aux mêmes lois.

Cette centralisation est rendue possible par la vision, attachée aux colonies, selon laquelle il s'agit de terres nouvelles, pures, qui n'ont encore jamais été transformée par les mœurs perverties de l'Europe, des terres sur lesquelles tout est encore nouveau et possible. Dans ce contexte, les autochtones sont vus comme des peuples qui n'attendent que la venue des Français pour accéder enfin à la connaissance du christianisme. Bien évidemment, ces peuples vivent depuis plusieurs siècles sur les terres où désirent s'installer les colons et ont déjà leurs propres rites et coutumes. L'objectif de christianisation, qui accompagne la centralisation juridique ne se révèle pas aussi aisé que ne l'affirment les premiers missionnaires à se rendre dans le Nouveau Monde. Il en va de même pour l'application

des normes métropolitaines aux territoires des colonies. L'absence d'infrastructures dans ces nouveaux espaces empêche le respect de la procédure judiciaire. Le temps nécessaire pour communiquer entre Québec et Montréal, au milieu du XVIIe siècle, rend quasiment impossible le respect des délais prévus par la coutume de Paris. La difficulté augmente encore lorsqu'un débiteur, refusant de payer sa dette, part s'installer auprès d'une tribu autochtone et ne réapparaît que plusieurs années plus tard, lorsque les délais sont prescrits ou que le créancier a, lui aussi, disparu. Cependant, malgré ces difficultés de mise en œuvre, les colonies se révèlent de véritables laboratoires de création juridique[86], où la centralisation est rendue possible par la nouveauté. Ainsi, avant la Révolution française et le code civil, une forme de centralisation juridique se développe dans les colonies, grâce à l'utilisation de la coutume de Paris, étendue à des territoires bien plus vastes que ceux auxquels s'adressaient ses rédacteurs, lors de sa mise par écrit.

86 Sur la notion de laboratoire, voir, par ex. Havard, Gilles, « Francité et citoyenneté en contexte colonial, La politique d'assimilation des Amérindiens de la Nouvelle-France » *in* Cécile Vidal (dir.), *Français ? La nation en débat entre colonies et métropole, XVIe-XIXe siècle*. Paris, Ehess, 2014, p. 106 ; Foucault, Michel, *Il faut défendre la société (Cours au Collège de France, 1976)*. Paris, Gallimard/ Seuil, 1997, p. 89 ; Herzog, Tamar, *Defining Nations : Immigrants and Citizen in Early Modern Spain and Spanish America*. New Haven, Yale University Press, 2003.

Arnaud Campi *

L'assassinio di Johann Joachim Winckelmann; un mistero rimasto irrisolto da 250 anni**

Lo scopo di questo breve articolo è quello di ricordare, 250 anni dopo l'accaduto, le circostanze in cui si è svolto l'omicidio di colui che molti considerano il padre della storia dell'arte e la vicenda giuridica del successivo processo penale.

Johann Joachim Winckelmann nasce il 9 dicembre 1717 in una povera famiglia protestante residente a Stendal, piccola località tra Hannover e Berlino. Da giovane si appassiona per lo studio delle discipline greche e latine[1] e lavora come precettore prima di diventare il bibliotecario privato del conte Heinrich von Bünau vicino a Dresda. È in questa città che incontra diversi nunzi apostolici della Santa Sede[2] che gli permettono,

* Dr iur., ricercatore post-dottorale presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Ginevra.

** Questo breve articolo riprende in gran parte i due pannelli informativi («*L'assassinat de Johann Joachim Winckelmann* : de facto » ; « *L'assassinat de Johann Joachim Winckelmann* : de iure») scritti in francese dall'autore per la mostra dedicata a Winckelmann ed organizzata all'Università di Ginevra dal Prof. Lorenz E. Baumer nel 2019.

1 Petronio, Marina, *Il caso Winckelmann. Uno dei più famosi casi giudiziari d'Europa nella Trieste del Settecento*. Roma, Palombi, 2014, p. 22 ss; Bonifacio, Paola, *Il delitto Winckelmann. La tragica morte del fondatore dell'archeologia moderna*. Milano, Metamorfosi, 2014, p. 10 ss; Frede, Lothar, «Winckelmanns Tod», *in Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*. Berlin / New York, n° 81 (2), 1969, p. 329; Kunze, Agnes / Kunze, Max, «Herkunft, Kindheit, Schulzeit», *in* Martin Disselkamp / Fausto Testa (a cura di), *Winckelmann Handbuch*. Stuttgart, J. B. Metzler, 2017, *passim*.

2 Petronio, *Il caso Winckelmann*, *op. cit.*, p. 22 ss; Bonifacio, *Il delitto Winckelmann*, *op. cit.*, p. 11 ss; von Wangenheim, Wolfgang, «Nöthnitz und Dresden», *in* Martin Disselkamp / Fausto Testa (a cura di), *Winckelmann Handbuch*. Stuttgart, J. B. Metzler, 2017, *passim*.

in seguito alla sua conversione alla fede cattolica, di raggiungere Roma, la Città Eterna di cui aveva sempre sognato[3].

Arrivato nell'*Urbs* nel 1755, Winckelmann frequenta la corte del cardinale Alessandro Albani che gli assegna diverse funzioni nel campo delle arti e della letteratura e gli conferisce il titolo di *Praefectus Antiquitatum Romae* (prefetto delle antichità di Roma)[4]. Approfittando dei monumenti archeologici e delle tante biblioteche che abbondano nella penisola italiana[5], Winckelmann moltiplica le ricerche *in situ* e pubblica gli studi per i quali diventa famoso in tutta Europa.

Nel marzo 1768, in un clima di crescenti tensioni[6] tra l'ordine dei gesuiti e i regni europei, il cardinale Albani chiede a Winckelmann di consegnare dei documenti segreti all'imperatrice d'Austria Maria Teresa von Habsburg a Vienna e di riportarne altri a Roma[7]. Accompagnato dal suo amico ed allievo Bartolomeo Cavaceppi, Winckelmann lascia il Lazio nell'aprile 1768 e attraversa le città di Loreto, Bologna, Venezia, Verona, Augusta, Monaco, Ratisbona e infine raggiunge Vienna[8]. Ricevuto al Palazzo di Schönbrunn dal Ministro degli Affari Esteri austriaco, il principe Wenzel Anton von Kaunitz, Winckelmann consegna i documenti ed incontra l'imperatrice Maria Teresa[9]. In riconoscimento della

3 Petronio, *Il caso Winckelmann*, *op. cit.*, p. 26 ss; Bonifacio, *Il delitto Winckelmann*, *op. cit.*, p. 16 ss.

4 Petronio, *Il caso Winckelmann*, *op. cit.*, p. 31 ss; Bonifacio, *Il delitto Winckelmann*, *op. cit.*, p. 23 ss, 52; Pagnini, Cesare / Bartolini, Elio (a cura di), *L'assassinio di Winckelmann. Gli atti originali del processo criminale [1768]*. Milano, Longanesi & C., 1971, p. 16.

5 Petronio, *Il caso Winckelmann*, *op. cit.*, p. 34; Bonifacio, *Il delitto Winckelmann*, *op. cit.*, p. 21, 82 s; Frede, Lothar, «Winckelmanns Tod», *op. cit.*, p. 330, 332; Moormann, Eric M., «Winckelmann und die Ausgrabungen in Herculaneum und Pompeji», *in* Martin Disselkamp / Fausto Testa (a cura di), *Winckelmann Handbuch*. Stuttgart, J. B. Metzler, 2017, *passim*.

6 Bonifacio, *Il delitto Winckelmann*, *op. cit.*, p. 42 ss, 85 s.

7 Bonifacio, *Il delitto Winckelmann*, *op. cit.*, p. 53 ss.

8 Petronio, *Il caso Winckelmann*, *op. cit.*, p. 15 ss; Bonifacio, *Il delitto Winckelmann*, *op. cit.*, p. 54, 65 ss.

9 Petronio, *Il caso Winckelmann*, *op. cit.*, p. 17 ss; Bonifacio, *Il delitto Winckelmann*, *op. cit.*, p. 75 ss.

sua brillante carriera al servizio della storia dell'arte[10], l'imperatrice ed il suo ministro offrono diverse medaglie d'oro e d'argento[11] al loro ospite, al quale consegnano anche una cartella sigillata da portare a Roma[12]. Sentendosi sia nostalgico di Roma che investito di questa nuova missione, Winckelmann decide di tornare nella Città Eterna il più presto possibile[13]. Lasciando Vienna da solo, transita per Tarvisio e raggiunge il porto austriaco di Trieste, da dove vuole rapidamente imbarcarsi per Ancona[14]. Ma siccome nessuna nave è in partenza al momento del suo arrivo, Winckelmann è costretto a fermarsi alla *Locanda Grande*[15].

È in questo albergo che incontra Francesco Arcangeli, un cuoco toscano disoccupato, indigente e con precedenti penali[16]. Pur rimanendo anonimo[17], Winckelmann stabilisce rapidamente un rapporto amichevole con questo vicino di stanza che gli propone il suo aiuto per trovare una barca in partenza[18]. I due uomini trascorrono la maggiore parte del loro tempo insieme, tra pasti, spesa tra i negozi del centro città e passeggiate

10 Petronio, *Il caso Winckelmann*, *op. cit.*, p. 19, 34; Bonifacio, *Il delitto Winckelmann*, *op. cit.*, p. 82 s.

11 Petronio, *Il caso Winckelmann*, *op. cit.*, p. 19; Bonifacio, *Il delitto Winckelmann*, *op. cit.*, p. 83; Pagnini, Cesare / Bartolini, Elio (a cura di), *L'assassinio di Winckelmann*, *op. cit.*, p. 90, 161; Roettgen, Steffi, «Winckelmann in Italien», *in* Martin Disselkamp / Fausto Testa (a cura di), *Winckelmann Handbuch*. Stuttgart, J. B. Metzler, 2017, p. 44.

12 Bonifacio, *Il delitto Winckelmann*, *op. cit.*, p. 86, 89; Frede, Lothar, «Winckelmanns Tod», *op. cit.*, p. 336; Roettgen, Steffi, «Winckelmann in Italien», *op. cit.*, p. 46.

13 Petronio, *Il caso Winckelmann*, *op. cit.*, p. 18 ss; Bonifacio, *Il delitto Winckelmann*, *op. cit.*, p. 91 s.

14 Petronio, *Il caso Winckelmann*, *op. cit.*, p. 19 s, 51; Bonifacio, *Il delitto Winckelmann*, *op. cit.*, p. 99 ss; Pagnini, Cesare / Bartolini, Elio (a cura di), *L'assassinio di Winckelmann*, *op. cit.*, p. 90; Frede, Lothar, «Winckelmanns Tod», *op. cit.*, p. 333, 335.

15 Petronio, *Il caso Winckelmann*, *op. cit.*, p. 41; Bonifacio, *Il delitto Winckelmann*, *op. cit.*, p. 103 s; Roettgen, Steffi, «Winckelmann in Italien», *op. cit.*, p. 45.

16 Petronio, *Il caso Winckelmann*, *op. cit.*, p. 53 ss, 85 ss; Bonifacio, *Il delitto Winckelmann*, *op. cit.*, p. 97; Pagnini, Cesare / Bartolini, Elio (a cura di), *L'assassinio di Winckelmann*, *op. cit.*, p. 85 ss, 182; Frede, Lothar, «Winckelmanns Tod», *op. cit.*, p. 335, 341 s; Roettgen, Steffi, «Winckelmann in Italien», *op. cit.*, p. 45.

17 Petronio, *Il caso Winckelmann*, *op. cit.*, p. 20, 54 s; Bonifacio, *Il delitto Winckelmann*, *op. cit.*, p. 106, 116; Frede, Lothar, «Winckelmanns Tod», *op. cit.*, p. 336, 342.

18 Petronio, *Il caso Winckelmann*, *op. cit.*, p. 51 s; Bonifacio, *Il delitto Winckelmann*, *op. cit.*, p. 103 ss; Pagnini, Cesare / Bartolini, Elio (a cura di), *L'assassinio di Winckelmann*, *op. cit.*, p. 90; Roettgen, Steffi, «Winckelmann in Italien», *op. cit.*, p. 45.

nel Lazzaretto[19]. Winckelmann mostra persino ad Arcangeli le preziose medaglie ricevute a Vienna[20].

Questa eccessiva fiducia si rivela fatale per Winckelmann. Infatti, la mattina dell'8 giugno 1768, Arcangeli entra nella stanza di Winckelmann e cerca, dopo una discussione, di strangolarlo con una corda[21]. Ma di fronte alla resistenza della sua vittima, è con un coltello affilato che Arcangeli uccide Winckelmann[22]. Mortalmente pugnalato al petto, Winckelmann muore lo stesso giorno[23], ma non senza riuscire a sussurrare l'identità del suo assassino che è riuscito a fuggire[24].

Infatti, preso dal panico, Arcangeli riesce a raggiungere l'Istria ma è controllato ed arrestato da soldati[25]. Immediatamente riportato a Trieste, è presentato al magistrato penale, l'Attuario Criminale, che inizia l'udienza dell'imputato e dei numerosi testimoni presenti al momento dei fatti[26]. Sebbene inizialmente si rifiuti di riconoscere il suo crimine, Arcangeli

---

19 Petronio, *Il caso Winckelmann*, *op. cit.*, p. 54 s; Pagnini, Cesare / Bartolini, Elio (a cura di), *L'assassinio di Winckelmann*, *op. cit.*, p. 142, 161, 233, 257; Frede, Lothar, «Winckelmanns Tod», *op. cit.*, p. 335.

20 Bonifacio, *Il delitto Winckelmann*, *op. cit.*, p. 112; Frede, Lothar, «Winckelmanns Tod», *op. cit.*, p. 336.

21 Petronio, *Il caso Winckelmann*, *op. cit.*, p. 64; Bonifacio, *Il delitto Winckelmann*, *op. cit.*, p. 116 ss; Pagnini, Cesare / Bartolini, Elio (a cura di), *L'assassinio di Winckelmann*, *op. cit.*, p. 234; Frede, Lothar, «Winckelmanns Tod», *op. cit.*, p. 336; Roettgen, Steffi, «Winckelmann in Italien», *op. cit.*, p. 45.

22 Petronio, *Il caso Winckelmann*, *op. cit.*, p. 64; Bonifacio, *Il delitto Winckelmann*, *op. cit.*, p. 116 ss; Pagnini, Cesare / Bartolini, Elio (a cura di), *L'assassinio di Winckelmann*, *op. cit.*, p. 235; Frede, Lothar, «Winckelmanns Tod», *op. cit.*, p. 337; Roettgen, Steffi, «Winckelmann in Italien», *op. cit.*, p. 45.

23 Petronio, *Il caso Winckelmann*, *op. cit.*, p. 69; Bonifacio, *Il delitto Winckelmann*, *op. cit.*, p. 119; Frede, Lothar, «Winckelmanns Tod», *op. cit.*, p. 333, 337; Roettgen, Steffi, «Winckelmann in Italien», *op. cit.*, p. 45.

24 Petronio, *Il caso Winckelmann*, *op. cit.*, p. 66.

25 Petronio, *Il caso Winckelmann*, *op. cit.*, p. 71; Bonifacio, *Il delitto Winckelmann*, *op. cit.*, p. 125 s; Pagnini, Cesare / Bartolini, Elio (a cura di), *L'assassinio di Winckelmann*, *op. cit.*, p. 93, 273; Frede, Lothar, «Winckelmanns Tod», *op. cit.*, p. 338; Roettgen, Steffi, «Winckelmann in Italien», *op. cit.*, p. 45.

26 Petronio, *Il caso Winckelmann*, *op. cit.*, p. 74 ss; Bonifacio, *Il delitto Winckelmann*, *op. cit.*, p. 130 ss; Pagnini, Cesare / Bartolini, Elio (a cura di), *L'assassinio di Winckelmann*, *op. cit.*, p. 155 ss; Frede, Lothar, «Winckelmanns Tod», *op. cit.*, p. 337, 339.

finisce per confessarlo[27]. Secondo il diritto penale applicato a Trieste (allora territorio austriaco[28]), più precisamente la *Constitutio Ferdinandea*[29] e la *Constitutio Criminalis Carolina*[30], Arcangeli viene giudicato colpevole di omicidio premeditato a scopo di rapina[31]. Condannato al supplizio della ruota, l'assassino di Winckelmann muore sulla piazza centrale di Trieste e il suo corpo viene esposto al pubblico[32].

Ma 250 anni dopo i fatti, rimangono ancora diverse domande sui veri motivi del crimine:

Il movente del delitto è stato davvero pecuniario, anche se in realtà nessuna medaglia fu rubata?[33]

O fu un omicidio passionale da nascondere, perchè coinvolgeva un ausiliario del clero?[34]

O ancora Winckelmann era una spia al servizio del cardinale Alessandro Albani e delle sue reti diplomatiche?[35]

---

27 Petronio, *Il caso Winckelmann*, *op. cit.*, p. 124 ss; Bonifacio, *Il delitto Winckelmann*, *op. cit.*, p. 130 ss.

28 Petronio, *Il caso Winckelmann*, *op. cit.*, p. 103.

29 Petronio, *Il caso Winckelmann*, *op. cit.*, p. 73 s.

30 Petronio, *Il caso Winckelmann*, *op. cit.*, p. 73 s.

31 Petronio, *Il caso Winckelmann*, *op. cit.*, p. 129; Bonifacio, *Il delitto Winckelmann*, *op. cit.*, p. 143; Pagnini, Cesare / Bartolini, Elio (a cura di), *L'assassinio di Winckelmann*, *op. cit.*, p. 267 ss.

32 Petronio, *Il caso Winckelmann*, *op. cit.*, p. 129 ss, 132 s; Bonifacio, *Il delitto Winckelmann*, *op. cit.*, p. 143 ss; Pagnini, Cesare / Bartolini, Elio (a cura di), *L'assassinio di Winckelmann*, *op. cit.*, p. 262, 273; Roettgen, Steffi, «Winckelmann in Italien», *op. cit.*, p. 45.

33 Bonifacio, *Il delitto Winckelmann*, *op. cit.*, p. 136; Pagnini, Cesare / Bartolini, Elio (a cura di), *L'assassinio di Winckelmann*, *op. cit.*, p. 236; Frede, Lothar, «Winckelmanns Tod», *op. cit.*, p. 342.

34 Petronio, *Il caso Winckelmann*, *op. cit.*, p. 31, 38, 135 ss; Bonifacio, *Il delitto Winckelmann*, *op. cit.*, p. 134 s; Tobin, Robert Deam, «Winckelmann – Homosexualität, schwule Kultur, Queer Theory», *in* Martin Disselkamp / Fausto Testa (a cura di), *Winckelmann Handbuch*. Stuttgart, J. B. Metzler, 2017, *passim*. Su questa ipotesi, suggeriamo anche la ricostruzione romanzata di Fernandez, Dominique, *Signor Giovanni*. Paris, Balland, 1981, p. 69 ss.

35 Petronio, *Il caso Winckelmann*, *op. cit.*, p. 110 ss; Bonifacio, *Il delitto Winckelmann*, *op. cit.*, p. 135; Pagnini, Cesare / Bartolini, Elio (a cura di), *L'assassinio di Winckel-*

Oppure Winckelmann fu ucciso dai gesuiti, che avrebbero voluto intercettare la consegna dell'atto di scioglimento del loro ordine religioso?[36]

Johann Joachim Winckelmann e Francesco Arcangeli hanno portato le risposte a queste domande nella loro tomba, per cui ogni lettore è libero di farsi un'opinione su questo mistero rimasto irrisolto da 250 anni.

mann, *op. cit.*, p. 234; Frede, Lothar, «Winckelmanns Tod», *op. cit.*, p. 336; Roettgen, Steffi, «Winckelmann in Italien», *op. cit.*, p. 46.

36 Petronio, *Il caso Winckelmann*, *op. cit.*, p. 117 ss; Bonifacio, *Il delitto Winckelmann*, *op. cit.*, p. 42 ss, 85 s, 96, 128, 149; Frede, Lothar, «Winckelmanns Tod», *op. cit.*, p. 333 s, 340.

*Alessandro Campanelli**

Le pouvoir central dans l'élaboration du Pacte fédéral de 1815

Introduction

Dès 1802, constatant l'échec incontestable de la République helvétique qui dotait pour la seule fois de son histoire la Suisse d'une structure unitaire, Bonaparte[1] décide d'intervenir dans les affaires du pays et d'y apporter un nouvel acte constitutionnel. L'Acte de Médiation de 1803 qui en résulte lui redonne une organisation confédérale conforme à son passé, en y ajoutant des acquis de la Révolution tels que l'égalité entre territoires et individus. Il offre à la Suisse une période que l'on peut considérer comme paisible, mais implique un rapport de subordination de la Confédération à la France[2]. Ainsi, dès la défaite de Napoléon à Leipzig les 18 et 19 octobre 1813[3], l'Acte de Médiation est remis en question, et les Suisses doivent alors rédiger un nouveau pacte. Face aux évènements

* Docteur en droit, chargé de cours suppléant au Département d'histoire du droit et des doctrines juridiques et politiques de l'Université de Genève.

1 Napoléon Bonaparte (1769-1821) est consul de la République française dès le 9 novembre 1799, puis sacré empereur à Paris le 2 décembre 1804 avant d'être défait en 1813-1814. Il décède à Sainte-Hélène en 1821. *Histoire universelle, De la Réforme à nos jours, volume* publié sous la direction de René Grousset et Émile G. Léonard. Paris, Gallimard, 1958, vol. 3, pp. 429; 443; 1821.

2 Sur ce point, voir Dierauer, Johannes, *Histoire de la Confédération suisse*. Lausanne/Genève, Payot, 1918, vol. 5, 1re partie, pp. 316 ss.; Monnier, Victor, *L'Acte de Médiation (1803) de Napoléon Bonaparte. Essai historique sur l'évolution du Corps Helvétique de l'Ancien Régime à la Suisse moderne*. [À paraître].

3 Andrey, Georges, « La quête d'un État national (1798-1848) » *in Nouvelle histoire de la Suisse et des Suisses*. Lausanne, Payot, 1986, 2e éd., p. 557; Bouvier-Bron, Michelle, *La mission de Capodistrias en Suisse : (1813-1814)*. Corfou, Etaireía Kerkyraïkón Spoudón, 1984, p. 24.

qui ont lieu en Europe[4], la Diète confédérale choisit de rester neutre[5] lors de sa réunion qui se tient du 15 au 26 novembre 1813 à Zurich.

L'élaboration du nouveau pacte devant faire suite à l'Acte de Médiation est caractérisée par de grands antagonismes entre les conservateurs, particulièrement menés par les patriciens bernois qui souhaitent revenir à une situation proche de celle de l'Ancien Régime[6], et les progressistes, attachés à préserver les apports obtenus depuis la Révolution helvétique de 1798. À vrai dire, même si des commissions sont régulièrement nommées par la Diète pour rédiger un nouvel acte constitutionnel, ce sont d'abord des questions territoriales qui seront au cœur des débats. Les nouveaux cantons, tels que ceux de Vaud, du Tessin et d'Argovie, désirent désormais garder leur souveraineté acquise depuis 1803.

Ainsi, comme ce fut le cas à l'époque de la Médiation, les Suisses ne parviennent pas à s'entendre, et les choses ne progressent que grâce à une intervention étrangère. Cette fois, ce n'est pas la France qui se mêle de leurs affaires intérieures, mais les puissances victorieuses de Napoléon, et plus particulièrement l'Autriche et la Russie[7]. Dans ce contexte, pour résumer la situation, les Autrichiens, proches des Bernois, veulent leur restituer leurs anciens territoires devenus cantons souverains[8]. Metternich[9] souhaite même substituer l'influence de la France par celle de

4 Aubert, Jean-François, *Traité de droit constitutionnel suisse*. Neuchâtel, Ides et Calendes, 1967, vol. 1, p. 14.

5 La Déclaration de neutralité (*Neutralitätserklärung*) est adoptée par la Diète le 18 novembre 1813. Hilty, Carl, « Eidgenössische Geschichten » *in Politisches Jahrbuch der schweizerischen Eidgenossenschaft*. Berne, K. J. Wyss, 1886, pp. 317-319.

6 Dierauer, *Histoire de la Confédération Suisse*, *op. cit.*, vol. 5, 2e partie, p. 390.

7 Rappard, William E., *L'individu et l'État dans l'évolution constitutionnelle de la Suisse*. Zurich, Éditions Polygraphiques, 1936, p. 96.

8 *Ibid.*, p. 105.

9 Klemens Wenzel de Metternich (1773-1859) est un homme politique autrichien. Ministre des affaires étrangères en 1809 puis chancelier en 1821, il est l'instigateur du passage des troupes alliées sur le territoire suisse en 1813 dans le but, qu'il n'atteindra pas, d'y faire germer un courant réactionnaire qui corresponde à ses idées. Il exerce également une forte influence dans la rédaction du Pacte fédéral de 1815 et est partisan d'une Suisse ayant un faible pouvoir central. Metternich intervient régu-

l'Autriche[10]. Les Russes, dont le tsar Alexandre Ier[11] est particulièrement attaché à la Suisse[12], soutiennent et obtiendront le maintien de la souveraineté des nouveaux cantons ainsi que du statut de neutralité de la Suisse[13].

Dans cette recherche, nous allons dresser l'inventaire des différents projets qui ont précédé le Pacte fédéral de 1815, en nous attardant sur les mesures centralisatrices proposées, et en nous basant particulièrement sur la correspondance entretenue par les ministres des Alliés avec la Diète. Nous le verrons, la question territoriale occupe la part la plus importante des débats, et les progressistes y sacrifient la majorité des éléments centralisateurs au fil des projets pour faire reconnaître leur souveraineté auprès des conservateurs.

lièrement dans les affaires helvétiques jusqu'en 1848. *Dictionnaire historique et biographique de la Suisse,* sous la dir. de Marcel Godet, Henri Türler et Victor Attinger. Neuchâtel, Administration du Dictionnaire historique et biographique de la Suisse, 1928, vol. 4, p. 731 ; *Dictionnaire historique de la Suisse*. Hauterive, G. Attinger, 2011, vol. 8, p. 477.

10 Bonjour, Edgar, *Histoire de la neutralité suisse : trois siècles de politique extérieure fédérale, trad. de Blaise Briod d'après l'éd. orig. allemande, augm. d'un chapitre inédit*. Neuchâtel, la Baconnière, 1949, p. 109.

11 Alexandre Ier (1777-1825) est empereur de Russie jusqu'à sa mort. Le vaudois Frédéric-César de La Harpe occupe, de 1783 à 1795, la fonction de précepteur auprès de sa famille. Durant cette période, il exerce auprès du tsar une certaine influence qui fait voir à ce dernier la Suisse d'un œil favorable. L'intervention d'Alexandre Ier en Suisse a joué un rôle important dans le maintien de la souveraineté des nouveaux cantons lors de l'élaboration du Pacte fédéral. *Dictionnaire historique et biographique de la Suisse*, *op. cit.*, vol. 1, p. 169. *Dictionnaire historique de la Suisse, op. cit.*, vol. 7, pp. 485-486.

12 *Abschied über die Verhandlungen der eidgenössischen Versammlung zu Zürich vom 27. Christmonat 1813 bis den 11. Hornung 1814*, p. 49 ; Rappard, *L'individu et l'État dans l'évolution constitutionnelle de la Suisse*, *op. cit.*, p. 98.

13 Bonjour, *Histoire de la neutralité suisse*, *op. cit.,* p. 109 ; Schulz, Matthias, « La question suisse et les grandes puissances : la reconfiguration de l'espace helvétique dans une nouvelle architecture européenne » *in* Olivier Meuwly (dir.), *Le Congrès de Vienne et le canton de Vaud : 1813-1815*. Lausanne, Bibliothèque historique vaudoise, 2017, p. 38.

La Convention du 29 décembre 1813

Le 20 décembre 1813, pour des raisons stratégiques[14], les troupes autrichiennes pénètrent en Suisse[15]. Le même jour, le Landammann Reinhard[16] reçoit une déclaration du chevalier de Lebzeltern[17] et du comte Capo d'Istria[18], représentants de gouvernements alliés et envoyés en Suisse[19], dans laquelle ils l'informent que les puissances alliées comptent libérer la Suisse de la tutelle napoléonienne sans pour autant s'immiscer dans ses affaires intérieures. Il est donc nécessaire que la Suisse rompe avec l'Acte de Médiation de 1803 qui la lie trop à la France. La neutralité suisse ne peut être reconnue que si la Confédération est libre de toute

14 Le passage par la Suisse sert, en simplifiant à l'extrême, un double but : d'une part, les bords du Rhin ne sont pas défendus par des troupes françaises, ce qui offre un avantage aux Alliés, et de l'autre, il serait imprudent de ne pas être prêt à se défendre des Suisses si ces derniers choisissent de rester unis à la France. Rappard, *L'individu et l'État dans l'évolution constitutionnelle de la Suisse*, *op. cit.*, p. 93.

15 Bouvier-Bron, *La mission de Capodistrias en Suisse : (1813-1814)*, *op. cit.*, p. 36 ; Schulz, « La question suisse et les grandes puissances », *op. cit.*, p. 37.

16 Hans von Reinhard (1755-1835) est originaire de Zurich. De tendance patricienne, il s'oppose à l'État unitaire durant la République helvétique. Il devient membre de la Consulta qui se rend à Paris et signe l'Acte de Médiation de 1803 dont il vantera les mérites encore en 1813. Il est Landammann de la Suisse en 1807 et 1813, préside la Longue Diète de 1814-1815, puis représente la Suisse au Congrès de Vienne de 1815. *Dictionnaire historique et biographique de la Suisse, op. cit.*, vol. 5, p. 436 ; *Dictionnaire historique de la Suisse, op. cit.*, vol. 10, pp. 318-319 ; Rappard, *L'individu et l'État dans l'évolution constitutionnelle de la Suisse*, *op. cit.*, pp. 91-93.

17 Ludwig von Lebzeltern (1774-1854) est un diplomate autrichien né à Lisbonne alors que son père y est en mission. Il effectue divers mandats pour l'Autriche durant sa carrière, notamment en Suisse entre 1813 et 1815. *Dictionnaire historique de la Suisse, op. cit.*, vol. 7, p. 598.

18 Jean Antoine de Capo d'Istria, ou Capodistrias (1775-1831) est un comte grec qui jouera durant toute sa vie un rôle prédominant dans la politique extérieure du tsar Alexandre Ier. Il est envoyé en Suisse le 11 novembre 1813 pour inciter les Suisses à prendre part à la guerre contre Napoléon, ou du moins, à autoriser les troupes alliées à passer à travers le territoire de la Confédération. Dès mars 1814, il devient ministre plénipotentiaire auprès de la Diète confédérale et s'acharne à réunir les Suisses divisés. Capo d'Istria intervient également de façon déterminante dans la défense des intérêts de la Suisse durant le Congrès de Vienne de 1815. *Dictionnaire historique et biographique de la Suisse, op. cit.*, vol. 2, p. 408 ; *Dictionnaire historique de la Suisse, op. cit.*, vol. 3, pp. 22-23.

19 Rappard, *L'individu et l'État dans l'évolution constitutionnelle de la Suisse*, *op. cit.*, pp. 91-93.

influence extérieure, et les Alliés estiment que, dans la situation actuelle, elle « *n'existe que de nom* »[20]. Berne profite de la confusion générée par l'entrée des forces alliées en Suisse pour élever des prétentions à l'encontre de ses anciens territoires sujets[21], et réclame même des droits sur Vaud et l'Argovie dans une proclamation du 24 décembre[22].

Le 27 décembre 1813, Reinhard convoque alors une réunion extraordinaire de la Diète à Zurich, à laquelle ne se présentent que douze cantons[23] et durant laquelle l'Acte de Médiation est déclaré caduc[24]. Le 28 décembre 1813, une commission de quatre membres est chargée de rédiger un nouveau projet d'acte qui devient la Convention du 29 décembre 1813[25]. Celle-ci sera le point de départ de la révision constitutionnelle opérée par le Pacte fédéral de 1815[26]. Ce texte rompt officiellement avec l'Acte de Médiation dans son préambule. Il prévoit à ses art. 2 et 3 le maintien de l'égalité territoriale et la reconnaissance des nouveaux cantons de 1803. Hormis l'égalité intercantonale, ce court projet de cinq articles ne contient que peu de choses. On n'y trouve aucune disposition centralisatrice. Seule la compétence du Vorort de Zurich est maintenue en attendant que les « *affaires générales de la Confédération auront pu être consolidées* » (art. 4). Ce texte obtient progressivement l'appui de quatorze

20 *Abschied über die Verhandlungen der eidgenössischen Versammlung zu Zürich vom 27. Christmonat 1813 bis den 11. Hornung 1814*, p. 3 ; Bouvier-Bron, *La mission de Capodistrias en Suisse : (1813-1814)*, *op. cit.*, p. 36 ; Rappard, *L'individu et l'État dans l'évolution constitutionnelle de la Suisse*, *op. cit.*, pp. 92-93.

21 *Abschied der am 6. April 1814 zu Zürich versammelten und die 31. August 1815,* vol. 1, p. 167.

22 *Ibid.*

23 Zurich, Lucerne, Uri, Glaris, Zoug, Bâle, Schaffhouse, Appenzell, Saint-Gall, Argovie, Thurgovie et Vaud ; Aubert, *Traité de droit constitutionnel suisse*, *op. cit.*, vol. 1, p. 16 ; Monnier, Victor, *Le général, analyse juridique de la fonction du commandant en chef de l'armée fédérale suisse de 1798 à 1874.* Bâle et Francfort-sur-le-Main, Helbing & Lichtenhahn, 1990, p. 15 ; Bouvier-Bron, *La mission de Capodistrias en Suisse : (1813-1814)*, *op. cit.*, p. 48. Rappard, *L'individu et l'État dans l'évolution constitutionnelle de la Suisse*, *op. cit.*, p. 99.

24 Aubert, *Traité de droit constitutionnel suisse*, *op. cit.*, vol. 1, p. 15.

25 Une traduction française de ce projet est effectuée par Rappard *in* Rappard, *L'individu et l'État dans l'évolution constitutionnelle de la Suisse*, *op. cit.*, pp. 100-101.

26 *Ibid.*, p. 100.

cantons. Malgré son rejet par ceux, importants, de Berne, Fribourg ou Soleure, il sert de base pour toutes les délibérations jusqu'à l'acceptation du Pacte fédéral définitif[27].

Reinhard adresse le 29 décembre le projet à Lebzeltern[28] qui répond le jour même[29] : « *C'est aux Suisses à peser avec calme et maturité quels sont l'organisation et les rapports internes des cantons les mieux adaptés au bonheur de la nation et à l'ancien ordre des choses* ». Le courrier de Lebzeltern ne contient cependant pas d'informations permettant aux Suisses de comprendre si les Alliés se prononceront en faveur d'une Confédération de dix-neuf États souverains ou s'ils préfèreraient un retour à la situation prévalant durant l'Ancien Régime[30]. Rappelons qu'à ce moment-là les objectifs des Autrichiens et des Russes ne sont pas les mêmes vis-à-vis de la Suisse[31]. Capo d'Istria, dans un courrier du 29 décembre 1813, recommande aux empereurs d'Autriche et de Russie de respecter un principe important : « *ne pas s'immiscer dans les rapports intérieurs de la Suisse* »[32]. Le 4 janvier 1814, Reinhard informe les représentants des Alliés que la mission principale de la Diète sera désormais la mise sur pied d'une organisation fédérale[33].

27 *Ibid.*, p. 101.
28 Capo d'Istria étant absent jusqu'au 31 décembre 1813. BOUVIER-BRON, *La mission de Capodistrias en Suisse : (1813-1814)*, *op. cit.*, p. 48.
29 *Abschied über die Verhandlungen der eidgenössischen Versammlung zu Zürich vom 27. Christmonat 1813 bis den 11. Hornung 1814*, p. 34.
30 L'Autriche a, à ce moment, une attitude double par rapport à la Suisse. Metternich avait peu avant envoyé le comte Friedrich Christian Ludwig von Senfft von Pilsach (1774-1819) en Suisse pour qu'il incite les Bernois à renverser le gouvernement. Cette entreprise envenimera les relations entre les Suisses durant toute l'élaboration du Pacte fédéral. Sur ce point : RAPPARD, *L'individu et l'État dans l'évolution constitutionnelle de la Suisse*, *op. cit.*, pp. 96-97 ; 102. *Dictionnaire historique de la Suisse, op. cit.*, vol. 11, pp. 547-548.
31 Capo d'Istria écrit même le 8 janvier 1814 que « *L'Autriche avait et a toujours une arrière-pensée relativement aux affaires de la Suisse* ». BOUVIER-BRON, *La mission de Capodistrias en Suisse : (1813-1814)*, *op. cit.*, p. 51.
32 RAPPARD, *L'individu et l'État dans l'évolution constitutionnelle de la Suisse*, *op. cit.*, p. 102.
33 *Abschied über die Verhandlungen der eidgenössischen Versammlung zu Zürich vom 27. Christmonat 1813 bis den 11. Hornung 1814*, pp. 39-40.

Le projet de pacte du 4 février 1814[34]

La Diète[35] se réunit à nouveau le 4 février 1814 à Zurich, mais tous les cantons ne s'y font pas représenter. À vrai dire, Berne, Soleure et Fribourg considèrent que seule une Diète des treize anciens cantons est légitime[36]. Une commission de sept membres menée par Reinhard[37] est chargée le 2 janvier 1814 de rédiger un nouveau projet de pacte[38].

Les représentants des Alliés demandent à Reinhard, par courrier du 20 janvier 1814, de convaincre chaque canton, quelles que soient ses opinions, de se faire représenter à la Diète dans les huit jours[39]. Reinhard n'y parvient pas, mais le texte leur est cependant soumis dans l'espoir que cette démarche les poussera à prendre part aux délibérations futures. Le 4 février 1814, la Commission dépose un projet de vingt-cinq articles[40] dont les Alliés demandent de manière confidentielle à prendre connaissance immédiatement[41].

34 Le texte intégral de ce projet peut être consulté *in* Kaiser, Simon ; Strickler, Johannes, *Geschichte und Texte der Bundesverfassungen der schweizerischen Eidgenossenschaft von der helvetischen Staatsumwälzung bis zur Gegenwart*. Berne, K. J. Wyss, 1901, pp. 154-161.

35 À partir de la Déclaration du 29 décembre, la Diète est également appelée « Assemblée fédérale » (*Bundesversammlung*). Nous avons choisi, dans le cadre de cette recherche, de maintenir le nom « Diète » pour des raisons de clarté. Aubert, *Traité de droit constitutionnel suisse*, *op. cit.*, vol. 1, p. 15.

36 Rappard, *L'individu et l'État dans l'évolution constitutionnelle de la Suisse*, *op. cit.*, p. 107.

37 *Abschied über die Verhandlungen der eidgenössischen Versammlung zu Zürich vom 27. Christmonat 1813 bis den 11. Hornung 1814*, annexe A.

38 Rappard, *L'individu et l'État dans l'évolution constitutionnelle de la Suisse*, *op. cit.*, p. 107.

39 *Abschied über die Verhandlungen der eidgenössischen Versammlung zu Zürich vom 27. Christmonat 1813 bis den 11. Hornung 1814*, p. 22.

40 *Ibid.*, annexe A. La version allemande du même texte reproduite *in* Kaiser ; Strickler, *Geschichte und Texte der Bundesverfassungen, op. cit.*, pp. 171-174 compte vingt-six articles. Cela s'explique par l'inclusion d'un nouvel art. 3 après consultation du rapport de la commission de la Diète.

41 *Abschied über die Verhandlungen der eidgenössischen Versammlung zu Zürich vom 27. Christmonat 1813 bis den 11. Hornung 1814*, p. 67 ; Rappard, *L'individu et l'État dans l'évolution constitutionnelle de la Suisse*, *op. cit.*, p. 101.

Le 6 février 1814, Lebzeltern et Capo d'Istria font parvenir à Reinhard leurs observations[42]. Ils souhaitent maintenir le Landammann et accorder, comme c'était le cas dans l'Acte de Médiation, une deuxième voix à la Diète aux cantons les plus peuplés. Tout en réaffirmant qu'ils n'admettent pas l'idée de la perte de souveraineté des nouveaux cantons, les deux ministres déclarent que le territoire de la Suisse pourrait être modifié une fois que la paix serait atteinte en Europe ; par conséquent, il sera nécessaire de convoquer une Diète extraordinaire afin de rectifier les limites de certains cantons auxquels les Alliés auront donné ou rendu d'anciens territoires.

Ainsi, ces derniers espèrent, en offrant à des cantons tels que celui de Berne l'espoir d'obtenir de nouveaux territoires ou d'en récupérer d'anciens, pouvoir rallier à ce projet ceux qui refusent de participer à la Diète, sans pour autant admettre que les nouveaux cantons perdent leur souveraineté[43]. Ils rassurent même Reinhard en déclarant qu'« *il importe que les gens à prétentions outrées soient mis dans leur tort le plus complet. Ce n'est que par un excès de modération que les hommes bien pensans peuvent parvenir au but salutaire qui leur est proposé* »[44]. La Diète, incapable de réunir tous les cantons, accueille docilement l'intervention des Alliés[45].

Le projet modéré du 4 février 1814, rédigé par David von Wyss[46], est soumis à tous les cantons le 10 février suivant[47], et tous sont invités à

42 *Abschied über die Verhandlungen der eidgenössischen Versammlung zu Zürich vom 27. Christmonat 1813 bis den 11. Hornung 1814*, pp. 68-69.

43 Rappard, *L'individu et l'État dans l'évolution constitutionnelle de la Suisse*, *op. cit.*, p. 108.

44 *Abschied über die Verhandlungen der eidgenössischen Versammlung zu Zürich vom 27. Christmonat 1813 bis den 11. Hornung 1814*, pp. 67-68.

45 Rappard, *L'individu et l'État dans l'évolution constitutionnelle de la Suisse*, *op. cit.*, p. 108.

46 David von Wyss (1763-1839) est un homme politique zurichois. De tendance conservatrice, il s'implique fortement dans l'élaboration du Pacte fédéral de 1815, notamment en présidant la Longue Diète de 1814. *Dictionnaire historique de la Suisse, op. cit.*, vol. 13, p. 614 ; Dierauer, *Histoire de la Confédération Suisse*, *op. cit.*, vol. 5, 2e partie, p. 391.

47 Dierauer, *Histoire de la Confédération Suisse*, *op. cit.*, vol. 5, 2e partie, p. 391.

prendre part à une réunion fixée au 3 mars pour finaliser ce nouvel acte constitutionnel[48]. Le même jour, Reinhard informe les Alliés qu'un projet a été préparé, mais sans la participation des cantons qui ont refusé de prendre part à la Diète[49].

Il s'agit d'un texte bien plus complet que la Convention du 29 décembre 1813. Il prévoit à son § 1 que les cantons reconnaissent réciproquement leur territoire et leur Constitution, tant contre l'extérieur que contre l'intervention des autres cantons. Cette disposition sera la source de nombreux désaccords, les cantons ayant refusé de prendre part à la Diète ne reconnaissant que treize cantons et non pas dix-neuf. Le § 2 prévoit les contingents de troupes en laissant une marge de modification qui ne peut toutefois, en aucun cas, avoir pour résultat de rétablir d'anciennes frontières.

Chaque canton ne dispose en principe que d'une voix à la Diète, mais la possibilité que celle des grands cantons compte double n'est pas exclue (§ 12). Le projet envisage les deux possibilités. Le § 13 précise que les décisions y sont prises à la majorité absolue, sauf pour les déclarations de guerre et la signature de traités de paix (§ 14), ainsi que la conclusion de nouvelles alliances (§ 15), pour lesquelles une majorité des trois quarts est requise. À son § 6, le texte prévoit un recours à l'arbitrage en cas de conflit entre cantons sur des questions territoriales, mais le § 7 précise à ce sujet qu'il ne peut plus exister de rapports de sujétion « *incompatibles avec les droits d'un peuple libre* ».

48 Rappard, *L'individu et l'État dans l'évolution constitutionnelle de la Suisse*, *op. cit.*, p. 109.

49 *Abschied über die Verhandlungen der eidgenössischen Versammlung zu Zürich vom 27. Christmonat 1813 bis den 11. Hornung 1814*, pp. 40-41.

Le § 22[50] fait mention d'un Conseil fédéral (*Eidgenössische Bundesräthe*) nommé par la Diète chargé de trancher dans les affaires particulièrement complexes. Il s'agit donc d'un organe extraordinaire, compétent dans certaines circonstances pour prendre des décisions sans instructions préalables. Une prérogative similaire permettait, sous l'Acte de Médiation (art. 36), aux députés de la Diète de se constituer en syndicat votant sans instructions pour résoudre des différends entre cantons dans les cas qui n'ont pu être résolus par arbitrage.

Dans l'ensemble, l'intervention des Alliés sur cet acte constitutionnel est faible. Cependant, les Confédérés reçoivent d'Autriche et de Russie des informations contradictoires qui contribuent à envenimer leur situation. D'un côté, les Autrichiens assurent à Berne qu'ils récupèreront au moins l'Argovie et, de l'autre, le tsar promet aux Vaudois qu'ils garderont la souveraineté acquise lors de l'Acte de Médiation[51]. La Diète se conclut le 11 février sans l'adoption du texte.

Le 14 février 1814, les Alliés écrivent à Reinhard pour l'informer une fois de plus qu'ils ne souhaitent reconnaître que la Confédération composée de dix-neuf États. Si Berne, Fribourg et Soleure refusent d'envisager toute coopération, ils répondront seuls des « *suites dangereuses pour le bien-être de la Confédération qui pourront en résulter* »[52]. Malgré cet avertissement, ces trois cantons ne se ravisent pas et en gagnent même cinq autres à leur cause[53]. Des treize cantons de l'ancienne Confédération, huit[54] refusent de se faire représenter à la Diète de Zurich et, de plus,

50 Art. 22 : « *Les affaires fédérales qui exigent, soit une délibération plus approfondie, soit des dispositions préparatoires, seront communiquées par le Président de la Confédération à l'autorité que le gouvernement du Canton directeur aura désignée à cet effet. Dans les cas d'une haute importance on appellera aussi aux délibérations des Conseillers fédéraux, dont la Diète se réserve la nomination* ».

51 Dierauer, *Histoire de la Confédération Suisse*, *op. cit.*, vol. 5, 2e partie, p. 391.

52 *Abschied über die Verhandlungen der eidgenössischen Versammlung zu Zürich vom 27. Christmonat 1813 bis den 11. Hornung 1814*, pp. 42.

53 Dierauer, *Histoire de la Confédération Suisse*, *op. cit.*, vol. 5, 2e partie, p. 392.

54 Berne, Lucerne, Fribourg, Soleure, Uri, Schwyz, Unterwald et Zoug.

convoquent une Diète séparée prévue le 17 mars 1814[55]. Alors que les Alliés pressent les Confédérés de trouver sans leur intervention une solution qui pourrait leur convenir, ces derniers, fortement divisés, semblent à ce moment plus proches d'une guerre civile que d'une quelconque entente[56].

Le projet du 6 avril 1814

À partir du 2 mars 1814, l'attitude des Alliés face à la Suisse devient plus sérieuse[57]. Le 12 mars 1814, Rengger[58], désireux de maintenir la souveraineté de l'Argovie, se rend à Chaumont à la rencontre des Alliés et leur demande de bien vouloir offrir leur médiation, ce qu'ils acceptent[59]. Capo d'Istria et Lebzeltern, ainsi que le baron Chambrier d'Oleyres[60], sont accrédités auprès de la Diète comme ministres plénipotentiaires[61], et re-

55 Dierauer, *Histoire de la Confédération Suisse*, *op. cit.*, vol. 5, 2e partie, p. 392.

56 *Ibid*, p. 393.

57 Rappard, *L'individu et l'État dans l'évolution constitutionnelle de la Suisse*, *op. cit.*, p. 110.

58 Albrecht Rengger (1764-1835) naît dans le canton d'Argovie. Il obtient le titre de docteur en médecine en 1788. Nommé le 30 janvier 1798 au Grand Conseil bernois élargi, il devient président de la Cour suprême helvétique le 20 mai 1798, puis ministre de l'Intérieur le 2 juin de la même année. Il se rend à Paris le 10 janvier 1801 avec le nouveau projet de constitution unitaire et en revient avec la Constitution dite de Malmaison qu'il défend. Landammann de la Suisse en 1802, puis ministre du 17 avril 1802 jusqu'à la fin de la République helvétique, Rengger représente l'Argovie au Congrès de Vienne de 1814. *Dictionnaire historique et biographique de la Suisse*, *op. cit.*, vol. 5, p. 442 ; *Dictionnaire historique de la Suisse, op. cit.*, vol. 10, pp. 340-341 ; La Harpe, Frédéric-César de, *Notice nécrologique d'Albert Rengger, citoyen des cantons d'Argovie et de Vaud, Ministre de l'intérieur de la République helvétique, adressée à la Société helvétique d'utilité publique, réunie à Zurich, au mois d'août 1836*. Lausanne, Imprimerie des Frères Blanchard, 1836, pp. 1-39.

59 Martin, William, *La Suisse et l'Europe : 1813-1814*. Lausanne ; Genève, Payot, 1931, p. 212.

60 Jean-Pierre de Chambrier d'Oleyres (1753-1822) naît à Neuchâtel. Il devient ministre plénipotentiaire de Prusse en Suisse de 1805 à 1814. Il œuvre également, dès la fin de 1813, pour le retour de Neuchâtel sous souveraineté prussienne. Il participe ensuite, en tant que ministre de Prusse auprès de la Diète, à l'entrée de Neuchâtel dans la Confédération. *Dictionnaire historique de la Suisse, op. cit.*, vol. 4, p. 145.

61 Rappard, *L'individu et l'État dans l'évolution constitutionnelle de la Suisse*, *op. cit.*, p. 110.

çoivent des instructions précises sur le rôle qu'ils doivent jouer dans l'élaboration d'un nouveau pacte fédéral[62]. La participation des Alliés devient désormais directe et ceux-ci énoncent un certain nombre de conditions au terme desquelles ils reconnaîtront la nouvelle constitution suisse. Les trois ministres ont ainsi pour ordre de ne reconnaître cette dernière que si elle repose sur des principes libéraux, et si les cantons parviennent à s'entendre sur les questions qui les divisent. Ils sont de plus autorisés à intervenir directement si les divergences intercantonales subsistent. Dans une telle situation, ils ont même le pouvoir de nommer une délégation chargée de préparer la nouvelle constitution, l'investir provisoirement du pouvoir exécutif et faire entrer en vigueur ce texte préparé selon les instructions des Alliés[63]. Le 6 avril 1814 débute à Zurich, sous la pression des Alliés[64], une Diète extraordinaire appelée « la Longue Diète »[65], et qui dure jusqu'au 31 août 1815. Les cantons de Berne, Fribourg et Soleure la considèrent comme illégale et ne s'y rendent qu'à la demande des ministres alliés[66]. La Diète nomme rapidement une commission[67] chargée de préparer le nouveau pacte. Cette commission est composée de sept membres représentant trois tendances bien distinctes en Suisse[68].

62 Martin, *La Suisse et l'Europe : 1813-1814*, *op. cit.*, pp. 213-215.

63 *Ibid.*

64 Rappard, *L'individu et l'État dans l'évolution constitutionnelle de la Suisse*, *op. cit.*, p. 112.

65 *Dictionnaire historique de la Suisse, op. cit.*, vol. 4, p. 45.

66 Rappard, *L'individu et l'État dans l'évolution constitutionnelle de la Suisse*, *op. cit.*, p. 112.

67 À vrai dire, les Alliés, dans un courrier daté du 5 avril 1814, avaient demandé la création de cette commission provisoire qui serait chargée également des relations avec les puissances alliées. La composition de la commission leur est communiquée le 12 avril suivant. *Abschied der am 6. April 1814 zu Zürich versammelten und die 31. August 1815*, vol. 1, pp. 20 ; 22.

68 Ainsi, la commission est composée de Mülinen de Berne, Reding de Schwyz et Rüttiman de Lucerne, issus de cantons souhaitant regagner leurs anciens territoires sujets. Reinhard de Zurich, Wieland de Bâle et Heer de Glaris représentent les anciens cantons à tendance démocratique. Finalement, le vaudois Monod vient de l'un des nouveaux cantons désirant maintenir leur souveraineté. *Abschied der am 6. April 1814 zu Zürich versammelten und die 31. August 1815*, vol. 1, p. 22 ; Rappard, *L'individu et l'État dans l'évolution constitutionnelle de la Suisse*, *op. cit.*, p. 113.

Le nouveau pacte fédéral[69] proposé par la commission ne fait pas l'unanimité au sein de la Diète. Cette dernière, consciente que ce projet risque de se heurter au rejet des cantons, décide de soumettre le texte à une deuxième lecture ultérieure[70]. Le 21 avril 1814, les Alliés font parvenir à la Diète un mémoire dans lequel ils énoncent une série de principes sur lesquels la Suisse « *paraît devoir se reconstituer* »[71]. Une fois de plus, ils expliquent que les dix-neuf cantons doivent maintenir leur souveraineté et rester unis, mais que la solidité du lien fédéral ne peut pas venir d'un pouvoir central fort[72]. C'est une Diète qu'il faut maintenir et ne pas s'inspirer du modèle américain. Son pouvoir devrait être limité à trois objets uniquement : la tranquillité intérieure de l'État, la défense et le maintien de la neutralité, et les relations extérieures avec les puissances européennes.

Sur la tranquillité intérieure, les Alliés affirment qu'elle ne peut passer que par la reconnaissance réciproque des constitutions de chacun des cantons. Le nouveau pacte fédéral doit confier à la Diète la faculté de les garantir. Sur la défense et le maintien de la neutralité, les Alliés souhaitent que la Suisse se dote d'une armée forte, capable de défendre au besoin ses frontières[73]. Pour assurer une défense efficace, il faut selon eux établir un Conseil permanent ayant des fonds disponibles en tout temps. La Suisse doit pouvoir affirmer et défendre sa neutralité. « *La Diète devrait conséquemment être munie de tous les pouvoirs nécessaires à l'organisation de cette force militaire et de tous les moyens propres à la faire agir au premier*

69 Le texte intégral de ce projet peut être consulté *in Abschied der am 6. April 1814 zu Zürich versammelten und die 31. August 1815*, vol. 1, annexe G.

70 Rappard, *L'individu et l'État dans l'évolution constitutionnelle de la Suisse*, *op. cit.*, p. 113.

71 *Abschied der am 6. April 1814 zu Zürich versammelten und die 31. August 1815*, vol. 1, annexe F.

72 *Ibid.*, p. 2.

73 La demande des Alliés sur ce point n'est pas complètement désintéressée. Si les Suisses peuvent occuper militairement certains territoires conquis qui leur sont destinés, les Alliés peuvent consacrer leurs forces à combattre Napoléon qui n'a pas encore abdiqué. Martin, *La Suisse et l'Europe : 1813-1814*, *op. cit.*, p. 274.

moment »[74]. Finalement, en ce qui concerne les relations extérieures, les Alliés expliquent simplement que la Suisse doit rester neutre.

Ils ne désirent ainsi pas mettre en place un pouvoir central fort en Suisse. Une Diète qui se réunit annuellement ou de manière extraordinaire lorsque les circonstances l'exigent peut amplement suffire. En revanche, en cas de conflit armé, la Diète doit céder sa place à un Conseil fédéral de cinq membres qu'elle aura nommés : « *S'agit-il d'armer les frontières de la Suisse, d'entamer des négociations, de renforcer les rapports politiques de l'État avec des puissances étrangères, alors le régime fédéral doit être actif, fort, soutenu, prolongé* »[75]. Ce Conseil fédéral de guerre devrait même être compétent, si la rédaction de certaines constitutions cantonales ne parvenait à aboutir, pour nommer une commission d'arbitres chargés de trouver remède à cette situation[76].

Il s'agit là de nouveautés importantes que les Alliés souhaitent apporter en Suisse. Jamais, de son histoire confédérale, celle-ci n'a accordé de pouvoir aussi grand à l'un de ses organes centraux. Sous l'Ancien Régime, le Défensional de Baden de 1668[77] prévoyait à la tête de son armée (art. 16) un Conseil de guerre constitué de deux représentants par canton, l'un civil et l'autre militaire[78]. Mais cet organe prenait ses décisions

74 *Abschied der am 6. April 1814 zu Zürich versammelten und die 31. August 1815,* vol. 1, annexe F, p. 3.

75 *Ibid*.

76 Ces idées novatrices ont été inspirées aux ministres des puissances alliées par un projet de constitution que Rengger leur avait soumis le 25 mars 1814. Rappard, *L'individu et l'État dans l'évolution constitutionnelle de la Suisse*, *op. cit.*, p. 113.

77 Il y aura, entre 1668 et 1678, une dizaine de versions différentes de ce défensional dont le contenu ne change que peu. Hilty, Carl, *Les constitutions fédérales de la Confédération helvétique*. Neuchâtel, Imprimerie Attinger Frères, 1881, p. 308 ; Hilty, Carl, « Eidgenössische Politik, Gesetzgebung und politische Litteratur, 1889. II ; Das eidgenössische Militärstrafrecht » *in Politisches Jahrbuch der schweizerischen Eidgenossenschaft*. Berne, K. J. Wyss, 1889, pp. 748-749.

78 Hilty, *Les constitutions fédérales de la Confédération helvétique, op. cit.*, p. 308 ; Rappard, William E., *Cinq siècles de sécurité collective (1291-1798) : les expériences de la Suisse sous le régime des pactes de secours mutuel*. Paris/Genève, Sirey/Georg, 1945, p. 422.

de manière collégiale, à l'instar de la Diète confédérale[79], se rapprochant plus d'une coopération intercantonale que d'un transfert de pouvoir à une autorité centrale, avec pour différence notable que les décisions du Conseil de guerre s'appliquent directement aux cantons, sans que ces derniers n'aient à les ratifier[80]. Bonaparte, sous l'Acte de Médiation de 1803, confiait à la Diète le pouvoir de nommer un général à la tête des troupes (art. 34), mais ne prévoyait pas d'organe permanent. La Diète chercha à en mettre un sur pied, mais la France ne voulait pas d'une armée forte en Suisse, ce qui arrangeait les cantons craignant de perdre une partie de leur souveraineté dans le domaine militaire[81]. Insatisfaits de l'avancement de la Diète, les ministres alliés lui demandent le 30 avril 1814 d'accélérer l'élaboration du nouveau pacte[82].

La seconde lecture du projet de la commission par la Diète débute le 10 mai 1814 et se poursuit jusqu'au 28 du même mois[83]. Ce texte est composé de quarante-cinq articles, mais ne diffère pas grandement dans son contenu du projet de février[84]. La souveraineté des dix-neuf cantons est maintenue à l'art. 1. La Diète est à nouveau l'organe central de la Confédération (art. 15) et est notamment compétente pour la levée des troupes[85], ainsi que la nomination du général (art. 16). Elle est composée d'un représentant de chacun des cantons qui votent sur instruction (art. 24).

---

79 Oechsli, Wilhelm, « *Les cantons suisses et le Valais » in Annales valaisannes*. Lausanne, t. 2, année 3, 1919, n° 5-7, p. 175 ; Rappard, *Cinq siècles de sécurité collective (1291-1798)*, *op. cit.*, p. 429.

80 Rappard, *Cinq siècles de sécurité collective (1291-1798)*, *op. cit.*, p. 423.

81 Monnier, *Le général*, *op. cit.*, pp. 20-21.

82 *Abschied der am 6. April 1814 zu Zürich versammelten und die 31. August 1815*, vol. 1, p. 273.

83 Le texte intégral de ce projet peut être consulté *in Abschied der am 6. April 1814 zu Zürich versammelten und die 31. August 1815*, vol. 1, annexe K. Les changements opérés entre les deux projets sont mis en exergue *in* Kaiser ; Strickler, *Geschichte und Texte der Bundesverfassungen, op. cit.*, pp. 162-171.

84 Monnier, *Le général*, *op. cit.*, p. 36.

85 Le texte du 6 avril mentionnait en plus que la Diète est compétente pour le déroulement de l'inspection des troupes.

Le projet fait mention à son art. 36[86] d'un Conseil fédéral de sept membres (*Eidgenössische Rath*) qui peut être constitué dans des circonstances exceptionnelles. Selon l'art. 37[87], la composition du Conseil fédéral se fait sur la division des cantons en six groupes pouvant chacun nommer un représentant, la septième place étant réservée à un membre

86 Art. 36 : « *Bei ausserordentlichen Umständen und wenn die Tagsatzung nicht fortdauernd versammelt bleiben kann, wird die Besorgung der Bundesangelegenheiten einem Rath von eidgenössischen Repräsentanten übertragen.*

Der Fall ist vorhanden :

a) wenn die Schweiz in einen Krieg verwickelt wird ;

b) wenn ein auswärtiger Krieg ihre Neutralität bedroht ;

c) wenn die Gränzen der Schweiz besetzt werden müssen ;

d) wenn innere Unruhen den Bundesverein gefährden ;

e) oder wenn endlich wichtige Angelegenheiten der Eidgenossenschaft mit auswärtigen Staaten zu erörtern sind.

Die Tagsatzung entscheidet, ob der eidgenössische Rath zusammenberufen werden soll ; sie bestimmt die Dauer seiner Amtsverwaltung und ertheilt demselben die erforderlichen Instruktionen.

Mit der Eröffnung der gewöhnlichen oder einer ausserordentlichen Tagsatzung hören in jedem Fall seine Verrichtungen auf, und er legt über seine Geschäftsverwaltung Rechenschaft ab ». Abschied der am 6. April 1814 zu Zürich versammelten und die 31. August 1815, vol. 1, annexe K, p. 5. Kaiser ; Strickler, *Geschichte und Texte der Bundesverfassungen, op. cit.*, p. 169.

87 Art. 37 : « *Der eidgenössische Rath besteht aus sieben Repräsentanten oder Mitgliedern ; der Vorort Zürich hat in demselben stets ein Mitglied, das den Vorsitz führt.*

Für die Wahl der übrigen sechs Mitglieder sind die Kantone in folgende sechs Klassen getheilt :

1) Bern, Luzern ;

2) Uri, Schwyz, Unterwalden ;

3) Glarus, Zug, Appenzell. Schaffhausen ;

4) Freiburg, Basel, Solothurn ;

5) Graubünden, St. Gallen, Aargau ;

6) Waadt, Thurgau, Tessin.

Die mit der Schweiz zu vereinigenden Kantone werden obigen Klassen beigefügt ; die alljährliche Kehrordnung der Kantone einer Klasse wird bestimmt werden, wenn diese Vereinigung neuer Kantone festgesetz sein wird ». Abschied der am 6. April 1814 zu Zürich versammelten und die 31. August 1815, vol. 1, annexe K, p. 5. Kaiser ; Strickler, *Geschichte und Texte der Bundesverfassungen, op. cit.*, pp. 169-170.

du canton directeur, Zurich, qui le préside. Il ne s'agit encore une fois pas d'un organe permanent.

À la deuxième lecture du projet, l'entente entre les cantons ne s'améliore toujours pas. La députation du canton de Berne fait même insérer au protocole de la Diète une réserve de ses droits sur les pays qui lui ont été retirés en 1798 lors de la création de la République helvétique, chose contre laquelle les représentants de Vaud et d'Argovie protestent fortement et formellement[88].

Le même jour, les Alliés exaspérés informent les Suisses que leur incapacité à s'entendre ne semble pas pouvoir être réglée rapidement. Les ministres plénipotentiaires envoyés à la Diète ne peuvent ainsi pas éternellement se satisfaire d'un rôle de spectateurs d'une « *délibération interminable* », et se verront contraints de participer encore plus activement[89]. Ils ajoutent à leur déclaration une série d'observations sur le projet de pacte fédéral.

En premier lieu, toujours dans l'objectif de voir la Suisse capable de défendre ses frontières (art. 16-18), ils désirent que le pacte prévoie un « *Conseil d'administration militaire permanent* ». En ce qui concerne les attributions de la Diète (art. 24), les ministres des Alliés considèrent que les représentants cantonaux ne devraient pas nécessairement être liés par des instructions pour les questions qui relèvent de la compétence de la Diète selon le texte du pacte. Finalement, quant au Conseil fédéral (art. 37), ils déclarent que cet organe extraordinaire doit être constitué dans le

88 *Abschied der am 6. April 1814 zu Zürich versammelten und die 31. August 1815,* vol. 1, p. 83.

89 « *Après avoir épuisé tous les moyens de conciliation et employé un temps considérable à cet effet, on ne saurait plus admettre de nouvelles divergences dans les opinions, ni des délais ultérieurs pour les accorder, sans reconnaître en même temps qu'il est de toute impossibilité de parvenir à un résultat satisfaisant par la seule voie des insinuations amicales* ». *Abschied der am 6. April 1814 zu Zürich versammelten und die 31. August 1815*, vol. 1, annexe H ; Bouvier-Bron, *La mission de Capodistrias en Suisse : (1813-1814)*, *op. cit.*, pp. 363-365.

but de représenter les intérêts de la Confédération plutôt que de « *concilier les égards dus à chaque canton* »[90]. Cette dernière déclaration démontre la lassitude des Alliés face aux débats des Suisses sur les questions cantonales.

Les représentants russe, prussien et autrichien des Alliés adressent le 20 mai 1814 à la Diète une nouvelle note confidentielle sur le contenu du pacte[91]. Ils y expliquent de manière ferme et non équivoque que, tant que le premier article de ce pacte, qui reconnaît la souveraineté des dix-neuf cantons, n'est pas respecté dans tout le pays, la Suisse ne sera pas reconnue par les puissances alliées. Ils enjoignent également aux Suisses de mettre sur pied un projet d'organisation militaire solide qui permettrait la défense de la neutralité helvétique[92].

La Diète envoie tout de même le projet de pacte aux cantons le 28 mai, et fixe une nouvelle réunion au 11 juillet, mais cette dernière sera annulée[93]. Le 30 mai a lieu la signature de la Paix de Paris[94]. Lors de ce congrès, même si aucun ministre n'est présent pour représenter les intérêts de la Suisse, les frontières de ce pays y sont discutées. De plus, une clause secrète concerne particulièrement la Confédération, car elle affirme le pouvoir des ministres alliés dans la réorganisation du pays[95]. Les patriciens bernois espèrent que la défaite de la France et la signature de la Paix de Paris pousseront la Russie à se retirer, laissant davantage de place aux Autrichiens, favorables aux souhaits des anciens cantons[96]. La rédaction d'un nouveau pacte s'en trouve ralentie.

90 *Abschied der am 6. April 1814 zu Zürich versammelten und die 31. August 1815,* vol. 1, annexe H, p. 2.
91 *Ibid.*, vol. 1, annexe J.
92 *Ibid.*, p. 4.
93 Rappard, *L'individu et l'État dans l'évolution constitutionnelle de la Suisse*, *op. cit.*, pp. 118-119.
94 Martin, *La Suisse et l'Europe : 1813-1814*, *op. cit.*, p. 330 ; Rappard, *L'individu et l'État dans l'évolution constitutionnelle de la Suisse*, *op. cit.*, p. 117.
95 Rappard, *L'individu et l'État dans l'évolution constitutionnelle de la Suisse*, *op. cit.*, p. 118.
96 *Ibid.*

Une nouvelle réunion de la Diète a finalement lieu le 19 juillet[97]. Le projet qui leur avait été soumis le 28 mai n'est soutenu que par huit cantons et demi. Ainsi, une nouvelle commission est nommée le 18 juillet[98]. Elle propose une série de modifications sans que cela n'ait de réel impact avant d'enfin reconnaître, le 28 juillet, qu'aucun texte ne pourra réunir les Suisses tant que la question territoriale qui les divise n'est pas résolue[99]. La commission œuvre ainsi dans le but de trouver un accord, mais Reinhard se voit contraint, le 8 août, de constater à nouveau l'échec des négociations[100].

Le projet de Lucerne du 8 août 1814

Le 8 août 1814, le délégué de Lucerne propose un nouveau projet de dix articles[101] au nom des anciens cantons, et dont l'entrée en vigueur est subordonnée à l'adoption d'une convention d'arbitrage particulière, portant sur les questions territoriales[102]. Une telle convention a déjà été proposée par Berne lors de la réunion de la Diète du 1er août 1814 et Vaud, Saint-Gall et l'Argovie la rejetèrent. Il est impossible pour les nouveaux cantons de concevoir que la question de leur souveraineté puisse être soumise à un arbitrage dont l'issue serait impérative[103]. Le projet lucernois, à la différence des précédents qui étaient de tendance modérée, obtient la faveur des anciens cantons fortement en faveur d'un retour à une situation analogue à celle que la Suisse connaissait durant l'Ancien Régime. Il confirme donc à son article premier que le pacte est conclu

97 *Ibid.*, p. 119.

98 La composition de cette commission ainsi que les propositions figurent *in Abschied der am 6. April 1814 zu Zürich versammelten und die 31. August 1815,* vol. 1, annexe L.

99 Rappard, *L'individu et l'État dans l'évolution constitutionnelle de la Suisse*, *op. cit.*, p. 120.

100 *Ibid.*

101 Le texte intégral de ce projet peut être consulté *in* Kaiser ; Strickler, *Geschichte und Texte der Bundesverfassungen, op. cit.*, pp. 171-174.

102 Rappard, *L'individu et l'État dans l'évolution constitutionnelle de la Suisse*, *op. cit.*, p. 120.

103 *Abschied der am 6. April 1814 zu Zürich versammelten und die 31. August 1815,* vol. 1, p. 155.

entre dix-neuf cantons souverains, mais que les questions territoriales demeurent soumises à la résolution adoptée le 1er août 1814[104].

En ce qui concerne les organes centraux, ce texte prévoit à son art. 4 *in fine*[105] la possibilité pour la Diète de nommer une commission provisoire chargée de questions fédérales spécifiques lorsque la Diète n'est pas réunie. Il s'agit d'un reste de l'idée d'un Conseil fédéral. La Diète est compétente pour nommer le général (art. 4) et le texte prévoit, comme les précédents, la levée de troupes et leur financement. Ces trois derniers éléments figuraient déjà dans l'Acte de Médiation.

C'est encore une fois la question territoriale qui est au cœur des débats ; les positions n'ont guère évolué depuis la rupture de l'Acte de Médiation et les puissances alliées interviennent sur ce point. Les prétentions émises par certains cantons, principalement Berne, viennent « *distraire les esprits et confondre les objets* »[106]. « *Aucun canton, quel qu'il soit, ne saurait par lui-même fixer l'attention des grands États de l'Europe ; ce n'est et ce ne peut être que sous la figure d'un corps fédératif, que la Suisse entière les intéresse* »[107]. Leur courrier du 13 août 1814 est très clair : les Suisses, libérés d'un joug pesant, consacrent les premiers instants de leur indépendance à se diviser. Un tel état de fait n'est pas acceptable. Les ministres des Alliés demandent à la Diète de se racheter « *par un redoublement de zèle et de loyauté dans l'achèvement du Pacte fédéral tout le temps perdu* ». Ils menacent de plus

104 Art. 1 : « *Die XIX souveränen Kantone der Schweiz* […] *vereinigen sich durch den gegenwärtigen Bund zur Behauptung ihrer Freiheit, Unabhängigkeit und Sicherheit gegen alle Angriffe fremder Mächte und zur Handhabung der Ruhe und Ordnung im Innern. Sie gewährleisten sich gegenseitig ihre Verfassungen und ihr Gebiet, so wie dasselbe theils dermalen besteht, theils in Bezug auf die angesprochenen Landestheile nach dem Beschluss von 1. August 1814 auf dem schiedsrichterlichen Pfade wird ausgemittelt und bestimmt werden* ». Kaiser ; Strickler, *Geschichte und Texte der Bundesverfassungen, op. cit.*, p. 171.

105 Art. 4 *in fine* : « *Die Tagsatzung hat die Befugnis, bei wichtigen Umständen und wenn sie nicht fortdauernd versammelt bleiben kann, eine Kommission zu Besorgung besonderer Bundesgeschäfte zu ernennen [...]* ». *Ibid.*, p. 173.

106 *Abschied der am 6. April 1814 zu Zürich versammelten und die 31. August 1815,* vol. 1, pp. 156-157.

107 *Ibid*.

de rompre leurs relations avec la Diète[108]. Ce courrier aura un impact important. Craignant de perdre le soutien et la bienveillance des Alliés, la Diète prépare un projet de quinze articles le 16 août et l'envoie aux gouvernements cantonaux pour approbation[109].

Dans un courrier du 10 septembre 1814, Reinhard remercie les Alliés de leur intervention et les informe que la Diète, réunie deux jours plus tôt pour accepter le nouveau pacte fédéral, s'est, à la majorité, « *constituée en Confédération* » le 9 septembre[110]. Ce texte est imparfait et sa compréhension est parfois difficile[111], mais il est progressivement accepté par la majorité des cantons en raison de la crainte d'abandon de la part des Alliés[112]. Vaud, Saint-Gall et le Tessin font dépendre leur adhésion du renoncement à des revendications territoriales envers eux[113]. Le texte adopté par la Diète le 8 septembre 1814 ressemble grandement au Pacte fédéral[114] approuvé par les Alliés[115], et entre en vigueur le 7 août 1815[116]. La différence principale que l'on y trouve est que la Confédération réunira

108 Kölz, Alfred, *Histoire constitutionnelle de la Suisse moderne : ses fondements idéologiques et son évolution institutionnelle dans le contexte européen, de la fin de l'Ancien Régime à 1848*. Berne/Bruxelles, Stämpfli/Bruylant, 2006, p. 196.

109 Rappard, *L'individu et l'État dans l'évolution constitutionnelle de la Suisse*, *op. cit.*, p. 122.

110 *Abschied der am 6. April 1814 zu Zürich versammelten und die 31. August 1815*, vol. 2, pp. 13-14.

111 Kölz, *Histoire constitutionnelle de la Suisse moderne, op. cit.*, p. 200.

112 *Abschied der am 6. April 1814 zu Zürich versammelten und die 31. August 1815.*, vol. 2, pp. 86-95.

113 *Ibid.*, vol. 2, pp. 97-99.

114 Le texte intégral de cette constitution est reproduit *in Quellenbuch zur neueren Schweizerischen Verfassungsgeschichte. Vom Ende der Alten Eidgenossenschaft bis 1848*, éd. par Alfred Kölz. Berne, Stämpfli, 1992, pp. 193-203.

115 Le 16 janvier 1815, lors du Congrès de Vienne qui s'occupe de la réorganisation des frontières européennes, un comité du Congrès chargé d'étudier le texte déclare à son sujet qu'il est imparfait, mais qu'il est préférable de le faire adopter tel quel plutôt que de relancer d'interminables discussions. Aubert, *Traité de droit constitutionnel suisse*, *op. cit.*, vol. 1, p. 16 ; Monnier, *Le général*, *op. cit.*, p. 37 ; Rappard, *L'individu et l'État dans l'évolution constitutionnelle de la Suisse*, *op. cit.*, p. 123.

116 Sur les raisons, de nature territoriale, qui expliquent l'attente entre l'adoption du projet et l'entrée en vigueur du Pacte fédéral, voir Aubert, *Traité de droit constitutionnel suisse*, *op. cit.*, vol. 1, pp. 16-17.

vingt-deux cantons au lieu de dix-neuf lors de l'adoption du texte définitif[117].

Le Pacte fédéral adopté par la Confédération ne contient pas de nombreuses dispositions centralisatrices, mais l'existence de territoires sujets est désormais proscrite (§ 7). La Diète à laquelle les représentants des cantons votent sur instruction est maintenue (§ 8), ainsi qu'un canton directeur dont les attributions sont, selon le texte, les mêmes que durant l'Ancien Régime (§ 10). Le texte ne prévoit pas de Landammann. Les décisions de la Diète sont en général prises à la majorité absolue. Dans les cas particulièrement importants, comme les déclarations de guerre, les conclusions de paix ou la conclusion d'alliances avec des puissances étrangères, trois quarts des voix sont nécessaires (§ 8).

Un seul organe permanent existe : le chancelier de la Confédération[118]. L'idée d'un Conseil fédéral, que le projet de Lucerne avait abandonnée[119], est cependant partiellement réinstaurée. En effet, le Pacte prévoit à son § 9 un organe central extraordinaire analogue à celui qui était envisagé dans le projet du 10 mai 1814 à son art. 37. Ainsi, pour des objets de haute importance, la Diète peut confier certains pouvoirs au canton directeur, et dans des situations extraordinaires, sept représentants de la Confédération (*eidgenössischen Repräsentanten*) peuvent être nommés pour une courte durée. Cependant, les circonstances extraordinaires auxquelles ce paragraphe fait référence ne sont pas énumérées.

Dans le domaine militaire, les progrès centralisateurs figurant dans les projets de mai puis d'août 1814 trouvent place au sein du nouveau

117 Le 20 mars 1815, une commission *ad hoc* du Congrès de Vienne prévoit, entre autres, le rattachement de Genève, de Neuchâtel et du Valais à la Suisse. Les Alliés feront dépendre leur reconnaissance, ainsi que la garantie de la neutralité helvétique, de l'acceptation par les Suisses des résolutions prises le 20 mars. Kölz, *Histoire constitutionnelle de la Suisse moderne, op. cit.*, p. 200.

118 Aubert, *Traité de droit constitutionnel suisse*, *op. cit.*, vol. 1, p. 18.

119 *Ibid.*, vol. 1, p. 16.

Pacte[120]. La Confédération se dote ainsi d'un système central efficace pour les questions qui concernent sa défense. La Diète peut non seulement nommer le général, mais aussi les membres de l'état-major ainsi que les colonels fédéraux (§ 8)[121]. Elle effectue également, d'entente avec les cantons, l'inspection de la formation, de l'armement ainsi que de l'équipement du contingent militaire. L'armée confédérale constitue l'élément sur lequel les Suisses se sont le mieux entendus lors de l'élaboration du Pacte de 1815.

Conclusion

Dans l'ensemble, les divers projets ayant précédé le Pacte fédéral de 1815 diffèrent relativement peu. Cela peut s'expliquer par l'acharnement avec lequel les conservateurs, et plus particulièrement ceux de Berne, ont manifesté le désir de récupérer les territoires qui leur étaient anciennement soumis. Les nouveaux cantons ont ainsi dû renoncer à toute démarche centralisatrice, espérant avant tout obtenir la reconnaissance de leur souveraineté[122].

Les débats sur la question territoriale ne pouvant aboutir, les Alliés se sont vus contraints d'intervenir auprès des Suisses, d'abord amicalement, puis de manière plus autoritaire lorsque la lenteur des Confédérés leur a fait perdre patience. Leur objectif était cependant de faire de la Suisse un pays militairement fort, capable de défendre ses frontières. La centralisation des organes dans les autres domaines ne les intéressait guère tant que les Suisses parvenaient à se maintenir en paix. Sur ce point, l'attitude des Alliés ne se distingue pas de celle de Bonaparte en 1803.

120 À l'exception de la notion de l'art. 16 al. 2 du projet de mai qui prévoyait la possibilité de rappeler le général ainsi que les membres de l'état-major en cas de crise. Monnier, *Le général*, *op. cit.*, p. 38.

121 *Ibid.*

122 Aubert, *Traité de droit constitutionnel suisse*, *op. cit.*, vol. 1, pp. 15-16.

Dans le domaine militaire, le Pacte fédéral est un succès, même s'il ne prévoit pas de Conseil de guerre permanent. Son § 8 permet certes à la Diète de nommer les généraux et autres hauts officiers, mais envisage de plus un état-major et une inspection de la formation, de l'armement et du contingent. En outre, les compétences centrales en matière militaire seront encore étendues avec l'adoption du Règlement militaire général pour la Confédération suisse du 20 juillet 1817[123]. Ces mesures, bien supérieures à celles que l'on trouvait dans l'Acte de Médiation, dotent la Confédération d'une organisation efficace qui lui permettra de vaincre en 1847 l'alliance du Sonderbund, qui n'aura pas de général à sa tête, mais un Conseil de guerre archaïque, calqué sur les institutions de l'Ancien Régime.

Ainsi, le Pacte fédéral n'aurait pas pu entrer en vigueur sans l'implication de puissances étrangères. Les Suisses, trop divisés, ne trouvent d'entente que lorsqu'ils y sont contraints.

123 *Règlement militaire général pour la Confédération suisse de 1817*, édition officielle avouée par la Commission militaire fédérale. Zurich, Imprimerie de Gessner, 1819, 120 p.

*Marine Girardin**

Le projet Welti et l'éducation (pré)militaire de la jeunesse en Suisse (1868-1907)

Jusqu'à la fin des années 1860, l'armée de milice sur le modèle helvétique représentait le système de défense idéal d'une république, par opposition aux armées coûteuses des grandes puissances. Plusieurs événements viennent modifier la perception de cette supériorité militaire. Premièrement, la Prusse remporte d'éclatantes victoires militaires (la bataille de Sadowa en 1866, contre l'Autriche, puis celle de Sedan, en 1870, contre la France), et s'affirme comme la plus grande puissance militaire continentale[1]. Deuxièmement, depuis 1848, la Confédération a dû intervenir dans plusieurs cantons pour rétablir l'ordre intérieur[2]. Enfin, la généralisation du service militaire obligatoire au sein des grandes puissances continentales et la montée des nationalismes entraînent l'émergence du concept de *nation armée*, dont le système suisse n'est qu'une variante[3]. Les rapports de force se modifient, et les patriotes suisses craignent de se faire dépasser. C'est dans ce contexte qu'émerge le besoin d'une réforme militaire, réforme qui aura entre autres pour incidence d'introduire la gymnastique dans les écoles.

* Assistante-doctorante à la Faculté de droit, Département d'histoire du droit et des doctrines juridiques et politiques.

1 Mysyrowicz, Ladislas, « L'armée suisse et l'éducation nationale : quelques aperçus » *in Bulletin de la Société d'histoire et d'archéologie de Genève.* 1991, pp. 27-37 ; Burgener, Louis, *La Confédération suisse et l'éducation physique de la jeunesse*. Liechtenstein, Kraus Reprint, 1970, p. 81.

2 Wili, Hans-Urs, « Interventions fédérales » *in Dictionnaire historique de la Suisse.* Hauterive, G. Attinger, vol. 6, 2006, p. 835.

3 Mysyrowicz, « L'armée suisse et l'éducation nationale : quelques aperçus », *op. cit.*, pp. 29-30.

Le lancement de la réforme

Le système de milice suisse évolue très lentement. La Constitution fédérale de 1848 prévoit que « *tout Suisse est tenu au service militaire* »[4]. Dans les faits, cette obligation générale de servir n'est cependant pas appliquée, les cantons devant fournir un contingent de trois hommes sur cent[5]. Les écoles de recrues durent entre 28 et 42 jours, alors que les armées voisines prévoient une instruction de trois à cinq ans[6]. La Prusse, par exemple, combine l'obligation générale de servir avec un corps d'élite permanent[7]. Avec la publication, en 1862, d'un *Manuel de gymnastique pour les troupes fédérales*, la gymnastique fait son entrée dans l'armée suisse[8].

Lors de la guerre austro-allemande de 1866, le Conseil fédéral décide de mettre trois milles hommes en protection à la frontière, craignant que le conflit entre l'Autriche et l'Italie ne déborde sur le territoire suisse[9]. En décembre, soit après la grande victoire prussienne à Sadowa, et après les nouvelles élections au Conseil fédéral, le parlement adopte une motion enjoignant l'exécutif à faire rapport sur une éventuelle réorganisation militaire fédérale, « *de manière à augmenter les forces dont le pays dispose pour sa défense et pour obtenir une application uniforme du principe que tout citoyen suisse est soldat* »[10]. En 1867, le Département militaire fédéral est

4 Kurz, Hans Rudolf, *Histoire de l'Armée suisse, De 1815 à nos jours*. Lausanne, Éditions 24 heures, 1985, p. 22.

5 Kurz, *Histoire de l'Armée suisse…*, *op. cit.*, p. 22.

6 Loi fédérale sur l'organisation militaire de la Confédération suisse du 8 mai 1850 ; Burgener, Louis, « L'armée et l'éducation physique en Suisse (1848-1894) » *in Revue Militaire Suisse*. N° 131, 1986, pp. 227-232.

7 Mysyrowicz, « L'armée suisse et l'éducation nationale : quelques aperçus », *op. cit.,* p. 30.

8 Ce manuel est rédigé par un gymnaste suisse, Johannes Niggeler. Burgener, *La Confédération…*, *op. cit.*, p. 74.

9 Kurz, *Histoire de l'Armée suisse…*, *op. cit.,* pp. 27-29.

10 Il s'agit de la « motion Anderwert » du 18 décembre 1866, cité *in* Burgener, *La Confédération…*, *op. cit.*, p. 81.

officiellement chargé de mettre à jour la législation militaire[11]. Or, un colonel argovien, avocat de profession, vient d'être nommé au Conseil fédéral. Emil Welti (1825-1899)[12] a fait ses études de droit à Berlin. En 1847, il a également participé à la guerre du *Sonderbund* sous les ordres du général Dufour[13]. Sa forte personnalité et son engouement pour la Prusse lui valent le surnom de « *Bismarck suisse* » et il exerce une grande influence sur le Conseil fédéral et sur les chambres, notamment lors de la révision constitutionnelle de 1874. La présentation de ses projets est souvent accompagnée d'un silence attentif[14]. Au cours des dix premières années de son mandat en tant que conseiller fédéral, Welti dirige essentiellement le Département militaire fédéral[15]. C'est donc lui qui va prendre en charge la réforme militaire, processus qui va prendre plusieurs années.

Le projet de 1868 : l'éducation militaire des garçons

« Diriger l'esprit de la jeunesse » vers la défense de la patrie

Dans son projet de 1868, Welti expose ses craintes quant à la capacité de l'armée suisse à faire concurrence aux armées permanentes des puissances voisines, qui ont adopté le service militaire obligatoire. En cause, le temps jugé beaucoup trop court dédié à l'instruction militaire des re-

11 Burgener, *La Confédération…*, *op. cit.*, p.82.

12 Stähelin, Heinrich, « Emil Welti » *in* Altermatt, Urs, *Conseil fédéral : Dictionnaire biographique des cent premiers Conseillers fédéraux*. Yens, Cabédita, 1993, pp. 178-183.

13 Guillaume-Henri Dufour (1787-1875) est genevois. Il sert dans l'armée française entre 1811 et 1817. Il est ensuite ingénieur cantonal à Genève jusqu'en 1850. En 1847, il est nommé général et chargé par la Diète de dissoudre le *Sonderbund.* Langendorf, Jean-Jacques, « Dufour, Guillaume-Henri » *in Dictionnaire historique de la Suisse.* Hauterive, G. Attinger, vol. 4, 2004, pp. 214-215.

14 Altermatt, *Conseil fédéral…*, *op. cit.,* p. 20.

15 Les conseillers fédéraux se répartissent alors chaque année les départements. La présidence est automatiquement rattachée au Département politique (c'est-à-dire l'ancêtre du Département fédéral des affaires étrangères). Altermatt, *Conseil fédéral…*, *op. cit.*, p. 23.

crues suisses. Or, il est difficile pour la population d'envisager une prolongation de l'école de recrues. Où donc prendre le temps pour former de bons soldats ? La clé réside dans la formation militaire des enfants, en « *faisant précéder l'*instruction *militaire d'une* éducation *militaire* »[16].

> *« Instruction préparatoire.*
>
> *Art. 90*
>
> *Les cantons sont tenus de donner aux jeunes gens astreints à fréquenter les écoles l'instruction militaire qui peut être réunie aux exercices gymnastiques.*
>
> *Art. 91*
>
> *Dès que quatre années se seront écoulées depuis la promulgation de la présente loi, on ne pourra appeler à remplir pour la première fois les fonctions de maître d'une école populaire que ceux qui posséderont l'instruction militaire prescrite pour un officier d'infanterie.*
>
> *L'instruction militaire de ces maîtres d'école sera donnée par la Confédération.*
>
> *Art. 92*
>
> *Les jeunes gens sortis des écoles populaires sont astreints à des exercices militaires pendant quinze demi-journées chaque année, jusqu'au moment où commencera pour eux l'obligation de servir.*
>
> *Art. 93*
>
> *Les mesures nécessaires à prendre en exécution de ces prescriptions sont abandonnées aux cantons. »*[17]

16 *Projet d'organisation militaire pour la Confédération Suisse, Rapport du Département militaire fédéral au Conseil fédéral*. Berne, Imprimerie J. Allemann, 1869, p. 103.

17 *Ibid.*, p. XXIX.

La mention de la gymnastique en lien avec ce projet d'éducation militaire n'est pas étonnante. Dans un contexte international d'émergence de nouvelles nations, celle-ci tient en effet une bonne place dans la représentation idéale du citoyen défenseur de sa patrie. En France, en 1854, Napoléon III décrète la gymnastique obligatoire au lycée – cette obligation n'étant toutefois pas appliquée[18]. Une ordonnance prussienne de 1862 prévoit également l'enseignement de la gymnastique dans toutes les écoles de la Prusse « *comme préparation pour la défense de la patrie* »[19]. En Suisse, les exercices physiques font partie des branches pratiquées dans les hautes écoles depuis le XVIIIe siècle. Les élites s'entraînent ainsi à l'escrime, la lutte, l'équitation, les jeux de balle et la danse. À part quelques initiatives privées antérieures, la gymnastique fait son apparition à l'école primaire dans les années 1830. Quelques cantons en prévoient d'abord la possibilité, puis parfois l'obligation – tels les cantons de Bâle (1852) et Zurich (1859)[20].

En parallèle à l'émergence de la gymnastique comme branche scolaire, certains cantons connaissent l'apparition de corps de cadets. Cette institution consiste à former militairement les garçons de dix à quinze ans, en les exerçant notamment au tir et aux manœuvres, sous la direction d'officiers. Tout comme la gymnastique, les cadets connaissent un essor dans les années 1830, et surtout après la création de l'Etat fédéral en 1848, sous l'influence des radicaux qui les considèrent comme vecteur d'un idéal patriotique. Cet essor procède d'une démocratisation progressive, en raison notamment d'un habillement simplifié et donc moins coûteux. Dès les années 1860, les garçons plus âgés y sont également admis. Cependant, cette institution reste cantonnée à certaines régions : les cadets fleurissent

18 Burgener, *La Confédération…*, *op. cit.,* p. 72.

19 « Message du Conseil fédéral à la Haute assemblée fédérale concernant le projet d'une nouvelle organisation militaire » *in Feuille fédérale* (ci-après : FF) 1874 II 195, p. 241.

20 Pour une histoire détaillée de l'introduction de la gymnastique dans les écoles, voir Burgener, *La Confédération…*, *op. cit.*

en particulier dans les cantons de Zurich, d'Argovie, de Berne, de Vaud et du Tessin[21].

Selon Louis Burgener, les deux mouvements – la gymnastique scolaire et les cadets – se considèrent concurrents, et leurs adeptes revendiquent tous deux la meilleure manière d'instruire physiquement la jeunesse. Les premiers souhaitent une éducation physique plutôt axée sur l'amélioration de l'aisance corporelle, alors que les deuxièmes sont très attachés aux manifestations publiques de patriotisme[22]. Cette analyse occulte le fait que la Société fédérale de gymnastique, créée en 1832, organise également des fêtes publiques à caractère patriotique. Si le colonel Welti a participé aux corps de cadets dans sa jeunesse, il est également gymnaste, et soutient dans son canton le développement des deux institutions[23]. Ainsi, toutes deux visent à former au mieux les futurs soldats.

Le projet de Welti ne sort donc pas du néant. La question de l'éducation militaire de la jeunesse suisse est sujet à débat depuis plusieurs années déjà. En 1861, la Société militaire fédérale[24], assemblée à Lugano, décide par exemple de discuter « *de la fusion de l'instruction militaire avec l'éducation populaire, et de la gymnastique militaire* »[25]. Welti s'inspire également des thèses développées par Wilhelm Rüstow (1821-1878)[26], un

21 Cf. Burgener, *La Confédération…*, *op. cit.*
22 Cf. Burgener, *La Confédération…*, *op. cit.*
23 Quin, Grégory, « Célébrations du sport et du patriotisme » *in Passé simple, Mensuel romand d'histoire et d'archéologie*. N° 38, octobre 2018, , pp. 3-5.
24 Fondée en 1833, la Société militaire fédérale est l'ancêtre de la Société suisse des officiers (1876). De Weck, Hervé, « Sociétés militaires » *in Dictionnaire historique de la Suisse.* Hauterive, G. Attinger, vol. 11, 2011, p. 718.
25 Burgener, *La Confédération…*, *op. cit.*, p. 76.
26 Wilhelm Rüstow (1821-1878) est officier du génie dans l'armée prussienne entre 1840 et 1850. En 1850, il est condamné à trente et une années et demie de forteresse pour haute trahison, pour avoir publié le livre *Der deutsche Militärstaat vor und während der Revolution*. Il se réfugie en Suisse, où il acquiert une renommée européenne en tant qu'écrivain militaire. En 1860, il prend part à la seconde guerre d'Indépendance italienne comme chef d'état-major général de Garibaldi. En 1870, il est nommé colonel à l'état-major général de l'armée suisse. Il est chargé de l'instruction des milices cantonales et nommé expert de la Confédération. Jaun, Rudolf,

officier prussien réfugié en Suisse. Selon Rüstow, le système d'éducation militaire peut être divisé en trois degrés. À l'école primaire (*Elementarschule*), les exercices corporels enseignés préparent « *naturellement* » aux formations tactiques et au tir. Les enfants y font en outre beaucoup d'excursions et acquièrent quelques connaissances en sciences, par exemple l'apprentissage de l'organisation militaire du pays. À l'école secondaire (*Mittelschule*), les jeunes poursuivent les exercices corporels et bénéficient d'un enseignement théorique impliquant tactique, armes et fortifications. En ce qui concerne les hautes écoles, le militaire s'intègre sans problème aux autres enseignements[27].

Pour Welti, ce système à trois degrés est simple à introduire. Nul besoin de créer des « *écoles militaires* » ni de prévoir de nouvelles branches. Beaucoup de cantons ont en effet déjà légiféré pour introduire la gymnastique. Il suffit donc d'étendre cette obligation à tous les cantons. Pour le reste, « *toute école populaire bien organisée s'impose le devoir de donner aux élèves des notions d'histoire naturelle et de géographie, ce qui, à ce degré de l'enseignement, ne peut se faire raisonnablement qu'au milieu de la nature ; pourquoi ne profiterait-on pas de ces occasions pour diriger l'esprit de la jeunesse de manière à ce qu'elle considère le sol natal comme doivent le considérer de futurs défenseurs de la patrie ?* »[28] Cette manière d'intégrer le « *point de vue militaire* »[29] aux branches enseignées permet également que « *le futur soldat cesse d'obéir aveuglément au commandement ; il veut en connaître le motif* »[30]. On retrouve dans ces propos l'idée d'une spécificité suisse de l'armée de milice, dont le citoyen-soldat est censé se définir à l'opposé

« Rüstow, Wilhelm » *in Dictionnaire historique de la Suisse.* Hauterive, G. Attinger, vol. 10, 2010, pp. 715-716.

27 W[ELTI], [Emil], « Die Militärschule » *in Sonntagspost, eine schweizerische Wochenschrift*. Berne, n° 22, 1868 (31 mai 1868), pp. 364-365.

28 *Projet d'organisation militaire…*, *op. cit.*, pp. 105-106.

29 *Ibid.*, p. 107.

30 *Ibid.*, p. 106.

du soldat des pays voisins, formé par le *drill*. Le soldat suisse *veut* obéir, car il en comprend l'intérêt.

En ce qui concerne les hautes écoles, c'est l'« *occasion de créer des pépinières de futurs officiers* »[31]. En 1866, le Département militaire avait d'ailleurs demandé à l'Ecole polytechnique fédérale d'introduire le « *point de vue militaire* » dans les différentes branches enseignées. En complément, il préconisait la création d'un cours militaire spécial obligatoire couvrant les matières ne pouvant pas être abordées dans le cadre des cours ordinaires (topographie générale, théorie du tir, connaissance des armes, tactique et histoire militaire). Pour cela, un seul professeur suffirait. L'Ecole polytechnique s'était déclarée prête à orienter son enseignement vers un usage militaire, mais avait rejeté l'idée d'un cours supplémentaire obligatoire. Ce projet aboutira néanmoins puisque, en 1875, Wilhelm Rüstow sera chargé du cours de sciences militaires[32]. Welti fait-il pression pour que son inspirateur soit engagé dans la haute école fédérale ? Quoiqu'il en soit, Rüstow se suicidera en 1878, après que sa nomination définitive à la chaire de sciences militaires à l'EPF lui ait été refusée[33].

Quant à l'instruction postscolaire, les sociétés de tir sont subventionnées depuis 1862 par la Confédération. Welti salue cet avancement mais estime qu'il faut « *que les sociétés de tir soient organisées militairement et qu'elles aient des chefs* »[34]. Le canton de Vaud est pris comme modèle, ayant astreint les garçons de plus de seize ans à effectuer des exercices militaires.

Pour Welti, ce projet d'éducation militaire est la conséquence logique d'une armée de milice : « *So wie Bürger und Soldat bei uns Eins sind, so muss auch die bürgerliche Erziehung und Schulbildung mit der militärischen*

31 *Ibid.*, p. 106.
32 Jaun, « Rüstow, Wilhelm », *op. cit.*
33 *Ibid.*
34 *Projet d'organisation militaire…*, *op. cit.*, p. 111.

verbunden werden »[35]. Si le projet échoue, c'est tout le système de défense nationale qui s'effondre : « *unser Wehrwesen den Krebsgang gehen wird, wenn wir es nicht dazu bringen, jede Dorfschule bei der militärischen Erziehung zu betheiligen* »[36].

L'instituteur-officier

Qui dit modification du système scolaire dit formation des instituteurs. Ceux-ci jouent évidemment un rôle-clé dans la mise en œuvre de ce projet d'éducation militaire. Welti se pose la question : « *Wo sollen wir die Lehrer finden, welche einem derartigen kombinirten Unterricht gerecht zu werden wissen ? Wenn wir sie nicht finden, müssen wir sie bilden.* »[37] Dans la loi sur l'organisation militaire de 1850, les instituteurs sont exemptés de service militaire. Il est grand temps de les intégrer dans l'armée et de remédier à cette « *exclusion qui avec une partie des devoirs civiques lui enlève aussi une partie de la dignité du citoyen* »[38]. Afin de remplir au mieux sa mission, l'instituteur doit avoir suivi au minimum la formation donnée aux officiers. Son rôle est conçu comme élément charnière entre société civile et société militaire : « *Chaque commune suisse aurait dans une même personne l'éducateur de la jeunesse pour la paix et pour la guerre, et l'on rétablirait ainsi cette unité dans l'éducation qui est non seulement désirable d'une manière générale, mais en outre absolument nécessaire dans un pays possédant une armée de milice* »[39]. En 1865, alors que Welti était directeur de l'instruction publique dans le canton d'Argovie, il avait déjà fait en sorte d'exclure les instituteurs dont la condition physique rendait la direction des élèves impossible[40]. La figure de l'enseignant est centrale

35 W[elti], [Emil], « Militärischer Schulunterricht », *op. cit.*, p. 349.
36 *Ibid.*, p. 349.
37 *Ibid.*, p. 365.
38 *Projet d'organisation militaire…*, *op. cit.*, p. 108.
39 *Ibid*.
40 Eggenberger, Peter, *Bundesrat Emil Welti, Sein Einfluss auf die Bundesverfassungsrevision von 1874*. Berne/Francfort, Herbert Lang/Peter Lang, 1972, p. 15.

car elle reflète le type d'éducation en vigueur. Welti en est certainement conscient lorsqu'il pose l'exigence d'une instruction militaire minimale pour enseigner. L'instituteur doit non seulement être capable de former ses élèves, mais il doit également être apte à défendre sa patrie, en tant que citoyen-soldat.

Face à cet idéal de l'instituteur-officier, le milieu militaire lui-même est dubitatif. En 1869, en réaction au projet de Welti, plusieurs sociétés d'officiers et de sous-officiers publient leurs remarques[41]. Ils saluent l'intégration des instituteurs dans l'armée, mais ils estiment que Welti va trop loin avec cette exigence. En effet, prétendre donner une formation d'officier à tous les instituteurs dénote un manque de réalisme. L'armée et l'école ont certes le même but : former de bons citoyens. Mais l'instituteur est avant tout un « *homme de la paix* »[42], qui ne peut abandonner ses fonctions pour aller surveiller les frontières pendant de longues durées sans porter préjudice à l'institution scolaire[43]. Il ne faudrait pas non plus perdre les enseignants qui, bien qu'excellant dans leur domaine, ne sont pas très doués pour les activités physiques : « *Viele Lehrer, die in ihrem Fache vorzüglich, sogar ausgezeichnet sind, die aber, wie es sich z.B. schon in Lehrerturnkursen bewiesen, in anderer Beziehung durchaus keine Lichter seien* »[44]. Bref, l'idéal de l'instituteur-officier formant de futurs citoyens grâce à une excellente formation intellectuelle et militaire n'est pas réalisable. Une simple formation militaire de base, peut-être dans des écoles de recrues spécifiquement dédiées aux instituteurs, serait plus avisée.

41 *Bericht und Anträge des bern. Kantonaloffiziervereins betreffend den Entwurf einer neuen schweiz. Militär-Organisation*. Berne, Alex. Fischer, 1869, p. 13 ; *Der Entwurf der Militärorganisation der Schweizerischen Eidgenossenschaft im Thurgauischen Offizierverein*. Frauenfeld, J. Huber, 1869, pp. 5-7 ; *Bericht über die Verhandlungen der kantonalen Offieziers-Gesellschaft Schaffhausen, betreffend den Entwurf einer neuen eidg. Armee-Organisation*. Schaffhouse, Alexander Gelzer, 1869, pp. 8-11 ; *Referat der Spezialkommission des Unteroffiziersvereins der Stadt St. Gallen über den Entwurf einer neuen Militärorganisation der Schweiz*. Saint-Gall, M. Kälin, 1869, pp. 20-22.

42 *Referat der Spezialkommission…*, *op. cit.*, p. 21.

43 *Der Entwurf der Militärorganisation…*, *op. cit.*, p. 6.

44 *Referat der Spezialkommission…*, *op. cit.*, p. 21.

L'organisation militaire de 1874 : la gymnastique comme éducation prémilitaire

En 1870, la réforme est momentanément suspendue, en raison de l'éclatement de la guerre franco-allemande et de la mobilisation des soldats suisses aux frontières[45]. Les tensions entre le général Hans Herzog (1819-1894)[46] et le conseiller fédéral Welti sur des questions tactiques appuient la nécessité d'une réforme militaire. Le principe « *un droit – une armée* », qui sert alors à désigner les ambitions politiques de Welti, parvient à s'imposer dans le projet de constitution de 1872. L'échec de ce projet en votation populaire amène une certaine modération de ce principe dans la Constitution fédérale de 1874. Dans le domaine militaire, la centralisation est assez forte, puisque la nouvelle constitution institue une armée fédérale (sans contingents cantonaux) et attribue l'instruction militaire à la Confédération[47].

Le projet de 1874 : l'éducation spartiate nuancée

Après la guerre de 1870/1871, l'effervescence autour de la révision constitutionnelle prend toute la place dans les débats parlementaires. Le nouveau projet militaire est présenté aux chambres le 13 juin 1874, soit juste après l'adoption de la nouvelle constitution fédérale[48]. Welti n'a donc pas attendu l'issue de la votation populaire pour parachever son

45 Eggenberger, *Bundesrat Emil Welti…*, *op. cit.*, p. 18.

46 Hans Herzog (1819-1894), originaire du canton d'Argovie, est notamment inspecteur fédéral de l'artillerie entre 1860 et 1874. Il est spécialiste de l'armement. Nommé général pendant la guerre franco-allemande, il exerce le haut commandement sur l'armée suisse du 19 juillet 1870 au 15 juillet 1871. Senn, Hans, « Herzog, Hans » *in Dictionnaire historique de la Suisse.* Hauterive, G. Attinger, vol. 6, 2006, p. 410.

47 Eggenberger, *Bundesrat Emil Welti…*, *op. cit.* ; Kurz, *Histoire de l'Armée suisse…*, *op. cit.*, pp. 36-38.

48 Eggenberger, *Bundesrat Emil Welti…*, *op. cit.*, p. 86.

projet. Il y réaffirme l'urgence d'une réorganisation militaire, sous peine de devoir adopter le système de l'armée permanente, auquel cas « *toute l'originalité de notre vie nationale aura cessé d'exister* »[49]. Sparte, la République helvétique et la Prusse sont toutes trois érigées en modèles. La référence au citoyen-soldat de l'Antiquité, modèle spartiate qui ne ferait pas de différence entre l'éducation civique et l'éducation militaire, est le témoignage nostalgique d'un passé idéalisé : « *C'est à l'Etat de milices, c'est-à-dire à la république, de faire renaître dans son organisation militaire cette notion perdue de l'unité de l'éducation* »[50]. Welti est en effet passionné de langues anciennes et voue une grande admiration à Sparte et à ses « *vertus civiques* »[51]. Plus proche de lui que le modèle antique, Welti cite également l'Empire allemand, dont les experts prétendent pouvoir réduire à deux ans la formation militaire « *vu le développement toujours plus considérable de l'instruction publique et l'introduction des exercices gymnastiques* »[52]. Enfin, pour souligner la logique de continuité de cette « *unité dans l'éducation* », Welti fait référence au ministre des Arts et des Sciences de la République helvétique, Philipp Albert Stapfer[53], qui avait présenté en 1799 un projet sur l'instruction militaire en préconisant la formation d'instituteurs-soldats et la création d'écoles militaires (notamment pour la formation d'ingénieurs, d'artilleurs et de tacticiens). Welti appelle de ses vœux la réalisation de ce projet, qui n'avait jamais abouti : « *Que ce grain de semence qui tomba, comme tant d'autres en ces temps malheureux, parmi les épines de la misère politique et sociale puisse prospérer aujourd'hui au soleil de la paix et de la prospérité et porter de bons fruits* »[54].

49 FF 1874 II 195, p. 241.
50 *Ibid.*, p. 240.
51 Burgener, *La Confédération…*, *op. cit.*, p. 82.
52 Cité *in* FF 1874 II 195, p. 241.
53 Philipp Albert Stapfer (1766-1840) est professeur de langue et de philosophie, d'origine argovienne. Il a grandi dans le canton de Berne, dans lequel il a suivi une formation théologique et philologique. Unitaire modéré, il est nommé ministre des Arts et des sciences par le Directoire en 1798. Il est ensuite ministre de Suisse à Paris (1800-1803). Il termine ses jours en France. Rohr, Adolf, « Stapfer, Philipp Albert » *in Dictionnaire historique de la Suisse.* Hauterive, G. Attinger, vol. 12, 2012, pp. 31-32.
54 FF 1874 II 195, p. 247.

Cela étant dit, Welti tient compte des critiques formulées à l'encontre de son premier projet, puisqu'il abandonne la formation généralisée d'instituteurs-officiers. La Confédération « *pourvoit à ce que les maîtres d'école soient en état* »[55] de donner les cours de gymnastique, sans délai particulier pour y parvenir. La tâche sera rude, car « *il est certain que dans la génération actuelle des maîtres d'école la majorité est parfaitement incapable de se charger de la mission que nous voudrions leur confier* »[56]. Il atténue également légèrement ses ambitions d'« *unité dans l'éducation* » en prévoyant une instruction militaire dite « *préparatoire* ». Le conseiller fédéral a-t-il déjà renoncé à imposer son rêve ? Selon Peter Eggenberger, Welti est un homme pragmatique, prêt à renoncer à certains principes pour que le résultat soit tangible[57].

Apprendre l'« amour de l'obéissance »

La renonciation sur ces points importants n'empêche nullement Welti de décrire précisément le modèle d'éducation qu'il souhaite réaliser. Ce modèle ne diverge pas de celui de 1868 : l'enseignement dans les écoles primaires est plutôt axé sur l'instruction physique, tandis que les écoles secondaires et supérieures amènent les connaissances scientifiques militaires nécessaires[58]. Outre l'acquisition de nouvelles capacités physiques, l'instruction préparatoire comporte un avantage de taille, à savoir la grande facilité avec laquelle les enfants se plient à la discipline : « *Il serait beaucoup plus rationnel de ne commencer qu'à vingt ans l'enseignement de l'écriture et de l'arithmétique, plutôt que celui de la marche et de la tenue* »[59], en particulier car « *le garçon n'éprouve pas le sentiment d'humiliation dont*

55 *Ibid.*, p. 238.
56 *Ibid.*, p. 241.
57 Eggenberger, *Bundesrat Emil Welti…*, *op. cit.*
58 FF 1874 II 195, p. 242.
59 *Ibid.*, p. 239.

souffre la recrue de vingt ans »[60]. Plus important encore, l'enfant s'imbibera des valeurs de l'armée de milice : « *Ce sont, à nos yeux, l'amour de l'ordre, l'exactitude et cet esprit de discipline dont la plus haute manifestation ne consiste pas dans un obéissance aveugle, mais dans le sentiment que les grands succès ne peuvent être obtenus que par un effort commun qui sous-entend la subordination de l'individu* »[61].

Et que de temps gagné à la formation militaire ! Un rapide calcul des heures prévues pour l'instruction préparatoire permet de constater que le jeune homme comptabilisera déjà 840 heures de gymnastique lorsqu'il commencera son service militaire. C'est plus du double des heures consacrées à l'école de recrues (44 jours, soit 352 heures)[62].

L'introduction des cours de gymnastique à l'école

Le projet est moins bien reçu en Suisse romande qu'en Suisse alémanique[63]. Les instituteurs romands demandent le rejet pur et simple de ces dispositions : l'enseignement de la gymnastique n'a pas sa place dans la loi militaire mais devrait plutôt figurer dans une loi scolaire[64]. Quant à la Société vaudoise d'utilité publique, elle soutient que « *ce sera la désorganisation des écoles publiques. Or si une armée bien organisée est une condition d'indépendance pour une nation neutre comme la Suisse, l'histoire contemporaine nous montre aussi qu'un autre élément de force non moins important, c'est le développement intellectuel et moral.* »[65]

60 *Ibid.*, p. 239.
61 *Ibid.*, p. 240.
62 *Ibid.*, p. 239.
63 Mysyrowicz, « L'armée suisse et l'éducation nationale : quelques aperçus », *op. cit.*, p. 32.
64 « Les instituteurs de Suisse romande au Haut Conseil des Etats, 24 octobre 1874 » *in Archives fédérales suisses* (ci-après : AFS) E27#1000/721#48* Stellungnahmen zum Entwurf vom 13.6.1874, v.a. der Kantone, von Offizieren Militärvereinen, Bürgerversammlungen und religiösen Vereinen Bd 1 - 2, 1874 (Dossier).
65 « La Société vaudoise d'utilité publique à la Haute Assemblée fédérale, 10 octobre 1874 » *in* AFS E27#1000/721#48* Stellungnahmen zum Entwurf vom 13.6.1874, v.a.

Welti prend part en personne aux discussions de la commission du Conseil national[66]. La crainte qu'une « *instruction militaire préparatoire* » conduise à l'expansion rapide des corps de cadets conduit cette commission à modifier la formulation de l'article sur la gymnastique : ce sont les cours de gymnastique eux-mêmes qui préparent au service militaire[67]. Le parlement fixe également une limite d'âge inférieure pour suivre ces nouveaux cours (dix ans). Il supprime les quinze demi-journées par an d'exercices militaires obligatoires en faveur d'une définition plus vague de l'instruction postscolaire, avec possibilité de financer les exercices de tir pour les garçons de dix-neuf et vingt ans. De plus, les chambres décident d'étendre l'instruction à tous les garçons, que ceux-ci suivent ou non l'enseignement public. Enfin, elles répartissent les compétences en matière de formation des instituteurs : les cantons possédant des écoles normales doivent y introduire la gymnastique comme branche obligatoire ; la Confédération forme pour sa part les instituteurs dans des écoles de recrues spéciales.

> « *Art. 81 Les Cantons pourvoient à ce que les jeunes gens, dès l'âge de dix ans jusqu'à l'époque de leur sortie de l'école primaire, qu'ils la fréquentent ou non, reçoivent des cours de gymnastique préparatoire au service militaire.*
>
> *Dans la règle, ces cours sont donnés par les régents. Ceux-ci reçoivent dans les écoles de recrues de la Confédération (Art. 2) et dans les écoles normales (séminaires) des cantons, l'instruction nécessaire pour donner cet enseignement.*
>
> *Les cantons pourvoient, en outre, à ce que les exercices de gymnastique préparatoires au service militaire soient suivis par tous*

der Kantone, von Offizieren Militärvereinen, Bürgerversammlungen und religiösen Vereinen Bd 1 - 2, 1874 (Dossier).

66 Eggenberger, *Bundesrat Emil Welti…*, *op. cit.*, p. 86.

67 « Commission du Conseil national, IXe séance (5 août 1874) » *in* AFS E27#1000/721#49* Beratung des Gesetzes in der Bundesversammlung ; BG vom 13.11.1874 betr. die Militärorganisation Bd 1 - 3, 1874 (Dossier).

> *les jeunes gens depuis l'époque de leur sortie de l'école primaire jusqu'à l'âge de vingt ans.*
>
> *Dans les deux dernières années, la Confédération pourra y joindre des exercices de tir.*
>
> *La Confédération donnera à cet effet les directions nécessaires aux cantons.* »[68]

Au final, deux différences majeures distinguent le projet de 1868 de la loi de 1874. La première réside dans la formulation définitive de l'article : il n'est plus question d'introduire le « *point de vue militaire* » aux autres branches enseignées. Seule demeure une nouvelle branche obligatoire, la gymnastique, censée préparer le corps des enfants au futur service militaire. La deuxième différence réside dans les compétences demandées à l'instituteur. Si celui-ci est désormais soumis au service militaire, il sera formé dans des écoles de recrues spéciales organisées par la Confédération, et peut être dispensé de tout service ultérieur si celui-ci est incompatible avec ses fonctions. Les écoles ne seront pas dirigées par des militaires formés comme officiers.

Le modèle spartiate à l'épreuve : vers une gymnastique *civile*

Le manuel de gymnastique scolaire de 1878

La loi introduit donc une nouvelle branche scolaire. N'étant pas de futurs soldats, les filles ont évidemment été absentes de la totalité des débats. Ainsi, l'aspect *hygiéniste* de la gymnastique scolaire n'est jamais soulevé. Qu'en est-il donc de l'application de cette disposition ?

68 « Organisation militaire de la Confédération suisse, du 13 novembre 1874 » *in* FF 1874 III 411, p. 436.

Le Conseil fédéral adopte en 1878 une série d'ordonnances prescrivant les détails[69]. Désormais, les cantons ont un délai de trois ans pour mettre en place les cours de gymnastique dans les écoles publiques et privées. Les cours sont divisés en deux degrés : les enfants de dix à douze ans et ceux de treize à quinze ans. Les garçons doivent suivre une heure et demie à deux heures de gymnastique par semaine. Un manuel publié par la Confédération contient les prescriptions minimales relatives à cette instruction. Il s'agit du premier manuel scolaire suisse[70] !

Le but du manuel de gymnastique est de poser les bases d'un enseignement commun pour toute la Suisse. Intitulé *Ecole de gymnastique pour l'instruction militaire préparatoire de la jeunesse suisse de l'âge de 10 à 20 ans*, il contient les exercices que l'instituteur doit enseigner à ses élèves sous forme d'articles de règlement[71]. Ces exercices sont décrits de manière très précises, sauf les jeux, qui sont simplement évoqués comme possibilité. Dès les premières lignes, le ton est donné : « *Les exercices gynmastiques sont des exercices d'ensemble, c'est-à-dire que chaque exercice doit être exécuté simultanément par plusieurs élèves. L'uniformité nécessaire dans les mouvements s'obtient au moyen de commandements […] Il y a deux espèces de commandements : le* commandement préparatoire *ou* d'avertissement, *qui doit indiquer aussi brièvement, mais aussi exactement que possible, l'exercice à exécuter, et le* commandement d'exécution, *après lequel le mouvement doit être commencé immédiatement.* »[72] Les élèves se mettent en rangs au « *Garde à vous !* », et rompent les rangs à l'injonction « *Repos !* »[73]

69 Ces ordonnances sont entièrement élaborées par le successeur de Welti au Département militaire, puisque celui-ci le quitte définitivement en 1876. Il reste cependant conseiller fédéral et participe aux discussions autour de leur adoption : Eggenberger, *Bundesrat Emil Welti…*, *op. cit.*, p. 87 ; « Circulaire du 13 septembre 1878 du Conseil fédéral suisse à tous les Etats confédérés » *in* FF 1878 III 701, pp. 719 ss.

70 Burgener, *La Confédération…*, *op. cit.*, p. 126.

71 *Ecole de gymnastique pour l'instruction militaire préparatoire de la jeunesse suisse de l'âge de 10 à 20 ans*. Berne, Imprimerie Haller-Goldschach, 1883, 103 p.

72 *Ibid.*, p. 2.

73 *Ibid.*, p. 3.

Après cette entrée en matière des plus abruptes, on peut lire qu'il faut tout de même « *entretenir l'intérêt des élèves* » et ne pas répéter un exercice à l'infini : « *Agir autrement, serait affaiblir et même détruire chez les élèves le goût et le plaisir que les exercices corporels peuvent et doivent leur procurer* »[74].

Entre les exercices « *d'ordre* » (se mettre en rangs, rompre les rangs, conversions, *etc.*), les exercices « *libres* » (marche, mouvements des différentes parties du corps, sauts, *etc.*) et les engins (corde, perche, poutre d'appui, planche d'assaut et canne), les cours de gymnastiques sont fortement imprégnés d'esprit militaire. Par exemple, les élèves doivent apprendre la position « *normale* » – c'est-à-dire celle du garde-à-vous – et la marche doit « *préparer les élèves à la marche cadencée* ». Les descriptions sont parfois d'une grande précision : « *Au commandement de Un ! les élèves lèvent la jambe de 4 à 8 centimètres du sol, puis la reposent immédiatement sur place en frappant du pied. Ils continuent le même mouvement avec l'autre jambe* »[75]. Difficile de ne pas voir dans ces lignes l'intention d'introduire une branche scolaire très militarisée.

Les obstacles à l'application du modèle

Dans sa circulaire aux cantons de 1878, le Conseil fédéral relève les nombreux obstacles rencontrés par la mise en œuvre de la gymnastique scolaire. Premièrement, l'âge auquel les enfants terminent l'école obligatoire varie fortement d'un canton à l'autre. Lorsque ces enfants sont libérés avant leurs seize ans, il devient évidemment difficile de leur donner des cours de gymnastique obligatoires. Deuxièmement, les conditions matérielles pour exercer cette activité font défaut dans maints endroits, notamment dans les petites communes. Sans même parler de l'installation de halles de gymnastiques, il manque souvent une place extérieure

74 *Ibid.*, p. 5.
75 *Ibid.*, pp. 23-34.

adéquate. Troisièmement, l'enseignement de la gymnastique pose problème dans les classes mixtes – c'est-à-dire fréquentées à la fois par des garçons et des filles –, ainsi que dans les classes avec des âges mélangés (par exemple lorsqu'un seul instituteur est engagé par la commune, ayant ainsi une classe d'enfants entre six et seize ans). Quatrièmement, l'école étant fréquemment dispensée de manière semestrielle, les cours sont très inégalement répartis sur l'année. Cinquièmement, la personne de l'instituteur n'est pas toujours adéquate : 21 % sont en fait des institutrices (!), et beaucoup d'instituteurs sont trop âgés pour commencer le service militaire ou suivre une formation gymnastique. Pour les premières, la question ne se pose même pas. Pour les deuxièmes, ils n'ont aucune compétence pour donner ces cours[76].

En 1883, à la demande des directeurs de l'instruction public, le Conseil fédéral examine déjà la question de la suppression des écoles de recrues spéciales. L'exécutif constate alors que, d'une part, les cantons n'ont pas fait d'efforts suffisants pour introduire un cours de gymnastique de qualité dans les écoles normales et, d'autre part, que les écoles spéciales font des miracles au vu des « *nombreux cas de myopie, de gaucherie et de pyrophobie qui se sont présentés* »[77].

La réforme de 1907 et l'abandon de l'éducation prémilitaire

À partir de 1891, les écoles de recrues spéciales, très controversées, sont supprimées. Malgré quelques tentatives de la Confédération pour garder le contrôle sur la formation spécifique des instituteurs, les écoles normales sont désormais seules détentrices de celle-ci[78]. La réforme mili-

76 FF 1878 III 701, pp. 703-728.
77 « Circulaire du Conseil fédéral à tous les états confédérés concernant l'instruction de la gymnastique pour la jeunesse masculine et les écoles de recrues d'instituteurs, du 16 avril 1883 » *in* FF 1883 II 270.
78 Burgener, *La Confédération…*, *op. cit.*, pp. 148-156.

taire de 1907 tient compte de cette réalité et ôte la mention des écoles spéciales : les instituteurs suivent la même instruction militaire que leurs co-citoyens.

La loi sur l'organisation militaire de 1907 étend l'obligation de la gymnastique aux garçons de moins de dix ans. En outre, elle prend acte du fait que l'instruction hors cadre scolaire est un échec, à part quelques initiatives locales. Les cours pour les garçons de seize à vingt ans sont désormais facultatifs. Selon Louis Burgener, cette modification contribue paradoxalement à leur essor[79]. Trois cours sont désormais mis gratuitement à disposition par la Confédération : la gymnastique, les cours armés et les cours de tir. Au final, la loi n'aura pas favorisé les corps de cadets, qui disparaissent petit à petit au profit des exercices de tir[80]. Il est probable que le scoutisme, introduit en Suisse en 1910 et ayant également pour but de préparer les jeunes au service militaire, favorise également la disparition progressive des cadets[81].

La réorganisation militaire de 1907 entraîne la disparition des termes « *préparatoires au service militaire* »[82]. Cette modification linguistique indique une volonté d'évoluer vers une gymnastique *civile*. La gymnastique scolaire et la distribution de subventions fédérales aux sociétés mettant à disposition des cours pour les garçons de seize à vingt ans : c'est donc tout ce qu'il reste de l'« *instruction militaire préparatoire* » que Welti appelait de ses vœux, à défaut d'avoir pu introduire une véritable éducation spartiate. La voie est libre pour que l'enseignement de la gymnastique se désimprègne de l'esprit militaire qui avait contribué à sa popularisation.

79 *Ibid.*, p. 203.
80 *Ibid.*, p. 169.
81 Kalcsics, Katharina, « Scoutisme » *in Dictionnaire historique de la Suisse.* Hauterive, G. Attinger, vol. 11, 2011, pp. 480-481.
82 « Organisation militaire de la Confédération suisse, du 12 avril 1907 » *in* FF 1907 II 725.

Christina Coradi *

Der Ankara-Entwurf

Entwurf für eine neue Bundesverfassung von Max Imboden, geschrieben in der Schweizer Botschaft in der Türkei (1967)

Einführung von der Autorin

Die Totalrevision der Bundesverfassung war beinahe während des ganzen 20. Jahrhunderts Gegenstand von Diskussionen in der Bundesversammlung. Unter den Staatsrechtlern war Max Imboden die treibende Kraft hinter den Bestrebungen. Er publizierte Artikel[1] und hielt Vorträge[2] zum Thema. Als Mitglied des Verfassungsrates in Basel war er wegweisend an der Ausarbeitung einer gesamtbaslerischen Verfassung beteiligt. Seinen am nachhaltigsten wirkenden Beitrag zum Thema publizierte er jedoch im Jahre 1964. Es handelt sich dabei um das «Helvetische Malaise». Diese Schrift trug massgeblich dazu bei, dass in den 1960er Jahren ernsthaft über das Vorhaben der Totalrevision nachgedacht wurde.

Das «Helvetische Malaise» erschien nach der Mirage-Affäre, in der ruchbar wurde, dass das Militärdepartement die Kredite für den Kauf des Kampfflugzeuges Mirage massiv überzogen hatte. Die Schrift ordnete den Skandal in die Gesamtsituation der Schweiz ein und machte ver-

* Lic. iur.

1 z.B. Die Totalrevision der Bundesverfassung, in: Imboden, Max, Staat und Recht, Basel, 1968, S. 323.

2 Verfassungsrevision als Weg in die Zukunft, Bern 1966 (Vortrag gehalten am 14.5.1966 am Dies Academicus der Hochschule St. Gallen).

schiedene Mängel der Staatsorganisation namhaft. Die Affäre bewirkte, dass Ständerat Karl Obrecht und Nationalrat Peter Dürrenmatt unabhängig voneinander in ihren Räten je eine Motion für eine Totalrevision der Bundesverfassung einreichten. Sie verlangten, dass der Bundesrat die Frage einer Totalrevision der Bundesverfassung abklärt und einen Bericht vorlegt. Die Räte überwiesen die Motionen.

Im Mai 1967 beschliesst der Bundesrat auf Antrag der Vorsteher des Justiz-und Polizeidepartementes, Bundesrat Ludwig von Moos, eine Arbeitsgruppe mit neun Mitgliedern einzusetzen.[3] Die Arbeitsgruppe stand unter der Leitung von alt Bundesrat Friedrich Traugott Wahlen (sogenannte Kommission Wahlen). Zu den Mitgliedern gehörte Professor Hans Huber (Bern), Bundesrichter Harald Huber, Rechtskonsulent Alessandro Crespi (Capo dell'Ufficio cantonale della legislazione, Ticino), Ständerat Louis Guisan (Lausanne), Rechtsanwältin Josi Meier, Rechtsanwalt René Meylan, Staatsschreiber Hans Stadler (St. Gallen) und Max Imboden (Nationalrat und Professor in Basel).[4] Bei manchen Sitzungen war zudem Dr. Walter Kern in seiner Eigenschaft als Vizedirektor der Eidgenössischen Justizabteilung anwesend. Nach dem Tod von Max Imboden im Jahr 1969 wurde die Arbeitsgruppe auf 10 Mitglieder erweitert. Professor Kurt Eichenberger und Bundesrichter Otto K. Kaufmann kamen neu dazu.

Die Aufgabe der Arbeitsgruppe bestand darin, Vorschläge für eine Gesamtrevision der Bundesverfassung zu sammeln und dem Departement bis zum 31. Oktober 1969 einen umfassenden Bericht mit Vorschlägen an Fragen zu erstatten, welche abzuklären sind vor einer Totalrevision.[5]

3 Sitzung des Schweizerischen Bundesrates vom 16.5.1967, Schweizerisches Bundesarchiv, BAR, E4001D#1967/136#59*.

4 Schreiben des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartementes, Ludwig von Moos, an den Bundesrat, Bern, 12.5.1967, Schweizerisches Bundesarchiv, BAR, E4001D#1967/136#59*.

5 Schreiben des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartementes, Ludwig von Moos, an den Bundesrat, Bern, 12.5.1967, Schweizerisches Bundesarchiv, BAR, E4001D#1967/136#59*.

Zwischen Juni 1967 und September 1972 hielt die Kommission regelmässig Sitzungen ab. Zudem rief sie in einem detaillierten Fragenkatalog Hochschulen, Kantone, Parteien, interessierte Verbände und Kirchen dazu auf, Ideen und Anregungen einzureichen. Im Jahre 1970 erschienen die zahlreichen und breitgefächerten Stellungnahmen in vier Quellenbänden. Im September 1973 veröffentlichte die Arbeitsgruppe einen ausführlichen Schlussbericht[6] mit ihren Vorstellungen der Reformanliegen in einer künftigen Bundesverfassung. Sie erläuterte darin ihre Erkenntnisse zu den Neuerungen. Im Hinblick auf die Grundrechte seien die jahrzehntelangen Entwicklungen fortzuführen und zu konkretisieren.[7] Mit den Anregungen und Stellungnahmen zu den wesentlichen verfassungspolitischen Problemen formulierte die Kommission Wahlen die Voraussetzung für die folgende Beschäftigung mit der Vorbereitung einer möglichen Totalrevision. Sie regte den Bundesrat an die Arbeiten von einer grossen Expertenkommission fortführen zu lassen, deren Aufgabe es wäre einen konkreten Verfassungsentwurf auszuarbeiten.[8]

Max Imboden – und die Verfassungsentwürfe

Im Jahre 1959 arbeitete Max Imboden an der Universität Basel im Rahmen eines Seminares mit Studenten einen Verfassungsentwurf aus.[9] In diesem Entwurf finden sich neben bereits formulierten Ideen, wie der Gesetzesinitiative und dem Frauenstimmrecht, auch neue Gedanken, so

6 Arbeitsgruppe für die Vorbereitung einer Totalrevision der Bundesverfassung, Schlussbericht der Arbeitsgruppe, Bern 1973.

7 Arbeitsgruppe für die Vorbereitung einer Totalrevision der Bundesverfassung, Schlussbericht der Arbeitsgruppe, Bern 1973, S. 718.

8 Arbeitsgruppe für die Vorbereitung einer Totalrevision der Bundesverfassung, Schlussbericht der Arbeitsgruppe, Bern 1973, S. 760.

9 Die Bundesverfassung, wie sie sein könnte: Verfassungsentwurf erarbeitet von Studenten der Juristischen Fakultät der Universität Basel unter Leitung von Max Imboden, Basel 1959.

etwa eine Pflicht zur Teilnahme an Abstimmungen und Wahlen oder die Wahl eines Bundesrates zum Bundespräsidenten auf zwei Jahre. Der Entwurf, welcher als «juristische Utopie» veröffentlicht wurde, fand in akademischen Kreisen sehr wohl Beachtung.

Knapp 10 Jahre später erarbeitete Max Imboden bei einem Ferienaufenthalt in Ankara, aus purer Freude, erneut einen Verfassungsentwurf. Das was er jetzt tue, sei das was ihn am meisten bewege. Das Studium der fremden Verfassungen habe etwas sehr Anregendes und er schöpfe viel daraus, schrieb er in sein Tagebuch.[10]

Weiter notierte Imboden über seine Arbeit darin Folgendes: «Ausgehend von der Studenten-Verfassung von 1959 [BV-E 1959] habe ich jene Schritte vollzogen, die wir damals – selbst im kleinen Kreise werdender Akademiker – dem Kompromiss oder besser: dem Bestreben, nicht allzu offen das Ungewohnte zu tun – geopfert haben. Aber darüber hinaus sind völlig neue Gedanken dazu gekommen und sie mögen jetzt eigentlich das Gerüst dieses Modells in erster Linie prägen: der geschlossene Aufbau einen Kanton und Bund durchziehenden Justizsystems (was es erlaubt, das Bundesgericht nur noch als Spitze einer Pyramide zu sehen), die maximale Generalisierung der Kompetenzbestimmung, das neue Bild der beiden Parlamentskammern, [...], die nochmals verstärkte Rechtsstaatlichkeit [...] und schliesslich der Versuch, die uns verloren gehenden Eliten – Wirtschaft und Wissenschaft – wiederum in das politische Geschehen einzubeziehen.»[11] Besonders erwähnenswert sind ferner die Einführung der Gesetzesinitiative (Art. 31), die Ausdehnung der Verfassungsgerichtsbarkeit auf Bundesgesetze (Art. 45 Abs. 3 lit. e) und eine Reform des Ständerates (Art. 28 Abs. 1 lit. a).

10 Archiv für Zeitgeschichte der ETH Zürich, Nachlass Max Imboden, Eintrag vom 15. September 1967, Tagebuch Nr. 15, S. 14.

11 Archiv für Zeitgeschichte der ETH Zürich, Nachlass Max Imboden, Eintrag vom 30. September 1967, Tagebuch Nr. 15, S. 43.

Nach eigenen Angaben war Imboden nach der Durchsicht seines Textes der Bundesverfassung von «der grossen Linie» selbst derart beeindruckt, dass er sich entschied ein Exemplar alt Bundesrat Wahlen zukommen zu lassen.[12] Dieser war «sprachlos gewesen über die Arbeit und [seine] Arbeitskraft»[13]. Er schlug daher vor den Entwurf der Arbeitsgruppe vorzulegen. Wahlen glaubte, dass diese ab einem bestimmten Zeitpunkt eines solchen «Leitfadens» bedarf, um die Diskussion zu konkretisieren.[14] Von Januar 1968, ab der vierten Sitzung der Arbeitsgruppe, bis zur siebten Sitzung im Dezember desselben Jahres diskutierten die Mitglieder anhand des Entwurfes lebhaft über Themen wie die Gesetzesinitiative, die Verfassungsgerichtsbarkeit und die Amtsdauer der Bundesräte. Die Meinungen in den Debatten gingen jeweils so weit auseinander, dass Wahlen sich fragte, wie sich die Mitglieder angesichts solcher sehr interessanter Diskussionen je auf ein Verfassungsmodell einigen werden.[15]

Imbodens Vorschlag für das Ende der Tätigkeit der Arbeitsgruppe:

Für Imboden gab es drei Möglichkeiten an Antworten, welche am Ende der Tätigkeit der Arbeitsgruppe gegeben werden könnten. In der siebten Sitzung im November 1968 stellte er diese vor.

- Eine Totalrevision ist möglich und erwünscht.
- Statt einer Totalrevision nur eine Partialrevision vorschlagen. Es wären «Pakete» zu unterbreiten und eine bestimmte Reihenfolge der Revisionen zu postulieren.

12 Archiv für Zeitgeschichte der ETH Zürich, Nachlass Max Imboden, Eintrag vom 17. Oktober 1967, Tagebuch Nr. 15, S. 71.

13 Archiv für Zeitgeschichte der ETH Zürich, Nachlass Max Imboden, Eintrag vom 19. Oktober 1967, Tagebuch Nr. 15, S. 75.

14 FN 13.

15 Schweizerisches Bundesarchiv, BAR, E4110B#1982/163#49*, 7. Sitzung vom 18./20.11.1968 in Basel, 3. Protokoll, S. 41.

- Die Arbeitsgruppe begnügt sich damit ein erstes Modell zu schaffen, welches als Grundlage für kommende Arbeiten dient. In diesem Fall würde keine der beiden erst genannten Möglichkeiten zur Anwendung kommen. Zudem würde sich in diesem Fall auch das Problem der allfälligen Einsetzung eines Verfassungsrates nicht stellen.

Zum vorliegenden Entwurf

Der vorliegende Verfassungsentwurf [VE-Imboden 1967] galt während vieler Jahre als verschwunden. Nach intensiver Suche wurde er von der Autorin in den Unterlagen von Bundesrat von Moos im Bundesarchiv[16] gefunden.

Auf den folgenden Seiten wird dieser Verfassungsentwurf vorgestellt und mit Aussagen der Mitglieder aus den Sitzungen der Arbeitsgruppe Wahlen kommentiert.

16 Schweizerisches Bundesarchiv, BAR, E4001D#1976/136 #59*

Imboden Verfassungsentwurf

Vertraulich

Vorbemerkungen

Zum vorliegenden «Arbeitspapier» (ich möchte nicht von einem «Entwurf» sprechen) ist zweierlei zu bemerken:

1. Einmal haben alle darin geäusserten Gedanken *persönlichen* Charakter. Ich möchte deshalb darum bitten, das Arbeitspapier *vertraulich* zu betrachten.
2. Sodann bin ich mir der *Vorläufigkeit* der präsentierten Lösungen voll bewusst. Es geht mir einzig darum, ein mögliches Modell einer schweizerischen Verfassung aufzuzeigen, das als *Diskussionsgrundlage* für das weitere Gespräch dienen kann. Ich habe gewissermassen den Versuch unternommen, laut zu denken, und ich möchte mir die Freiheit wahren, selbst auf die im Einzelnen zur Diskussion gestellten möglichen Lösungen zurückzukommen.

Prof. Dr. M. Imboden

sig. Max Imboden

Inhaltsverzeichnis

Art. 24: Sprachen und Sitz
Art. 25: Wählbarkeit

2. Bundesversammlung

Art. 26: Zweikammer-System
Art. 27: Nationalrat
Art. 28: Ständerat
Art. 29: Stellung der Mitglieder
Art. 30: Gesetzgebung
Art. 31: Gesetzes-Initiative
Art. 32: Weitere Befugnisse
Art. 33: Hilfsorgane
Art. 34: Sessionen

3. Mitwirkung des Volkes

Art. 35: Referendum
Art. 36: Ausschluss des Referendums aus besonderer Dringlichkeit
Art. 37: Volksabstimmung über Gesetzes-Initiativen

4. Bundesrat

Art. 38: Zusammensetzung und Wahl
Art. 39: Aufgaben des Bundesrates
Art. 40: Hilfsorgane des Bundesrates
Art. 41: Organisation der Verwaltung
Art. 42: Verhältnis von Bundesrat und Bundesverwaltung

5. Bundesgericht

Art. 43: Zusammensetzung und Wahl
Art. 44: Aufgaben
Art. 45: Verfassungsgericht

6. Andere Bundesbehörden

Art. 46: Wirtschafts- und Sozialrat
Art. 47: Rat für Bildung und Forschung
Art. 48: Gemeinsame Vorschriften

Fünfter Abschnitt: Revision der Verfassung

Art. 49: Voraussetzungen der Revision

Art. 50: Teilrevision

Art. 51: Gesamtrevision

Präambel [≈ Präambel, BV-E 1959]

Im Namen Gottes des Allmächtigen:

Die Schweizerische Eidgenossenschaft,

in der Ansicht, den Bund der Eidgenossen zu befestigen, Freiheit und Recht zu schützen, die gemeinsame Wohlfahrt zu fördern und die Schweiz als Glied der Völkergemeinschaft zu stärken, hat die nachstehende Bundesverfassung angenommen:

<u>Kommentar gemäss den Kommissionsprotokollen</u>

Die Verfassung wird eingeleitet mit einer Präambel. Als Christ konnte Imboden den Ausdruck des christlichen Bekenntnisses im eigentlichen Verfassungstext nicht akzeptieren. Ein solches Zeugnis gehöre nicht in den Verfassungstext, sondern nur in eine Präambel, welcher keine normative Wirkung zukommt. Für Imboden war klar, dass, was in der Präambel steht, normativ nicht fassbar und deshalb nicht von Bedeutung ist. Stadler war ebenfalls der Meinung, dass Programm und Zwecksetzung in die Präambel und nicht in den Verfassungstext gehören. Dies diene der Klarheit und Sachlichkeit. Kritisiert wurde in der Diskussion, dass es nach der Präambel keinen Übergang zum eigentlichen Verfassungstext gibt. Nach der Auffassung von Wahlen und Crespi fehlt eine Einleitung, die den «Staatszweck» und das Staatsideal wiedergeben könnte.

Quellen: BAR, E4110B#1982/163#41*, S. 55; 4. Sitzung vom 25./27.1.1968 in Locarno, 3. Protokoll.

BAR, E4110B#1982/163#43*, S. 57; 5. Sitzung vom 21./23.5.1968 in Chexbres, 2. Protokoll.

Erster Abschnitt: Rechte und Pflichten des Bürgers

Art. 1: Rechtsgleichheit [≈ Art. 7 BV-E 1959]

Alle Menschen sind vor dem Gesetze gleich.

Kommentar gemäss den Kommissionsprotokollen

Stadler könnte sich diesen Artikel als Einleitung vorstellen.

Quelle: BAR, E4110B#1982/163#41*, S. 57; 4. Sitzung vom 25./27.1.1968 in Locarno, 3. Protokoll.

Art. 2: Freiheitsrechte [≈ Art. 8 BV-E 1959]

(1) Freiheit und Würde der menschlichen Person sind unverletzlich.

(2) Gewährleistet sind insbesondere:

(a) Die Freiheit des Glaubens und des Gewissens;

(b) Die freie Ausübung gottesdienstlicher Handlungen innerhalb der Schranken der öffentlichen Ordnung und unter Wahrung des konfessionellen Friedens;

(c) Die freie Meinungsbildung, Meinungsäusserung und Meinungsverbreitung sowie die Freiheit von Forschung und Unterricht, soweit sie nicht gegen die öffentliche Ordnung oder gegen die Rechte anderer verstossen;

(d) Die Unversehrtheit des menschlichen Körpers; die Todesstrafe ist nur in Kriegszeiten zulässig;

(e) Die Bewegungsfreiheit des Menschen, die Freiheit des Privatlebens sowie die Unverletzlichkeit der Wohnung. Vorbehalten sind die zur Verfolgung und Ahndung strafbarer Handlungen, zur Vollstreckung behördlicher Anordnungen

und zur Sicherung der öffentlichen Ordnung erforderlichen Ausnahmen. Jede Beschränkung bedarf der richterlichen Bewilligung oder, wenn Gefahr im Verzug ist, der Bestätigung durch den Richter innerhalb von 48 Stunden;

(f) Die Vereinsfreiheit und die Versammlungsfreiheit im Rahmen der öffentlichen Ordnung;

(g) Das Privateigentum innerhalb der Schranken des öffentlichen Wohls und einer unausweichlichen Enteignung für öffentliche Zwecke;

(h) Die Freiheit der Niederlassung und die freie Ein- und Ausreise für alle Schweizerbürger, für die ihnen gleichgestellten Ausländer sowie für jedermann, der wegen seiner Überzeugung oder seines Herkommens in einem fremden Staate verfolgt wird.

(3) Alle Staatsgewalt ist durch die Freiheitsrechte begrenzt. In der Ausübung privatrechtlicher Befugnisse hat der Staat Sinn und Geist der Freiheitsrechte zu wahren.

(4) Eine Beschränkung von Freiheit und Eigentum darf nicht weiter gehen, als es die Verwirklichung eines verfassungsmässigen öffentlichen Interesses verlangt. Rechtmässige Beeinträchtigungen eines Freiheitsrechtes, die dem Bürger ein besonderes Opfer auferlegen, verpflichten zu vollem Einsatz.

Kommentar gemäss den Kommissionsprotokollen

Die öffentliche Ordnung ist hier die Schranke verschiedener Grundrechte. Hans Huber bezweifelte, ob die öffentliche Ordnung etwas derart fundamental Vorgegebenes sei und ob sie nicht allenfalls den Grundrechten weichen müsse. Im Vergleich zum damals geltenden Art. 56 BV-1874 (Vereinsfreiheit) sei die Vereinsfreiheit in Art. 2 Abs. 2 lit. f VE-Imboden 1967 wesentlich abge-

baut worden. Auch Harald Huber war dies aufgefallen. Dieser war ferner der Meinung, dass die Schranken der Grundrechte im Entwurf Imbodens etwas uneinheitlich ausgefallen seien.

Bei der Diskussion zu Art. 9 verwies Imboden auf Art. 2 Abs. 2 lit. h VE-Imboden 1967. Er habe im Hinblick auf das Asylrecht einen kühnen Schritt gewagt, bestätigte er. Diese Bestimmung könne jedoch ad absurdum gedacht werden. Er wies auf die Verhältnisse im Jahre 1933 hin. Dennoch möchte er die Idee des Asylrechts propagieren und war gleichzeitig überzeugt, dass derartige apokalyptische Zustände nicht mehr eintreten werden. Harald Huber äusserte die Befürchtung, dass sich aufgrund dieser Bestimmung Leute aus der ganzen Welt bemühen könnten, in die Schweiz einzureisen.

Quelle: BAR, E4110B#1982/163#41*, S. 63 ff.; 4. Sitzung vom 25./27.1.1968 in Locarno, 3. Protokoll.

Art. 3: Rechtsschutz [≈ Art. 9 BV-E 1959]

(1) Der letzte Entscheid über Zivilsachen und Strafsachen sowie über bestrittene Verwaltungsverfügungen und Ansprüche gegen die Verwaltung liegt beim Richter.

(2) Der Richter ist unabhängig und nur der Verfassung sowie dem auf der Verfassung beruhenden Recht und Gesetz verpflichtet.

(3) Gegenüber dem Richter und der Verwaltung ist das rechtliche Gehör gewährleistet. Jedermann hat das Recht der freien Verbeiständung.

(4) Rückwirkende Gesetze, die den Einzelnen belasten, sind unzulässig.

Art. 4: Politische Rechte der Bürger [≈ Art. 11 BV-E 1959]

(1) Jeder Schweizerbürger und jede Schweizerbürgerin besitzt nach Zurücklegung des zwanzigsten Altersjahres das Aktivbürgerrecht in Bund, Kanton und Gemeinde.

(2) Das Aktivbürgerrecht kann nur durch richterliches Urteil und nur wegen Begehung einer entehrenden Strafbaren Handlung, wegen Entmündigung oder wegen schwerer Vernachlässigung der Bürgerpflichten entzogen werden.

(3) Der sich in der Schweiz aufhaltende Aktivbürger ist berechtigt, an eidgenössischen Wahlen und Abstimmungen teilzunehmen sowie im Bund ein Volksbegehren (Referendum oder Initiative) zu stellen. In Kanton und Gemeinde kann die Ausübung der politischen Rechte vom Wohnsitz, in rein bürgerlichen Angelegenheiten überdies vom Bürgerrecht abhängig gemacht werden.

(4) Jeder Aktivbürger erhält ein Bürgerbuch, das ihm die Ausübung der politischen Rechte gestattet.

Art. 5: Politische Vereinigungen [keine Entsprechung im BV-E 1959]

(1) Körperschaften gelten als politische Vereinigungen und haben das Recht der öffentlichen Stellungnahme zu Wahlen und Abstimmungen sowie zu Volksbegehren, wenn sie ihre Statuten und die Nahmen ihrer Vertreter in der durch das Gesetz vorgeschriebenen Weise veröffentlicht haben.

(2) Politische Vereinigungen haben das Recht, Empfehlungen zu einem Volksentscheid durch die vom Staate geschaffenen Informationstitel zu verbreiten.

(3) Empfehlungen zu Wahlen und Abstimmungen sowie zu Volksbegehren, die nicht von einer politischen Vereinigung ausgehen, müssen die Nahmen der Aktivbürger, die für die Empfehlung die Verantwortung übernehmen, enthalten.

Art. 6: Bürgerpflichten [≈ Art. 13 BV-E 1959]

Jeder Aktivbürger mit Wohnsitz in der Schweiz ist verpflichtet,

(a) Militärdienst oder Zivildienst zu leisten;

(b) an Volks-Wahlen und Volks-Abstimmungen teilzunehmen;

(c) soweit es das Gesetz vorsieht, eine Wahl zum nebenamtlichen Mitglied einer Behörde anzunehmen.

Art. 7: Petitionsrecht [≈ Art. 12 BV-E 1959]

(1) Die Aktivbürger und die im Niederlassungsrecht den Schweizerbürgern gleichgestellten Ausländer sind berechtigt, an die Bundesbehörden Petition zu richten.

(2) Im Rahmen ihrer Zuständigkeit haben die Behörden die Petitionen zu beantworten.

Art. 8: Freiheit der Wirtschaft [≈ Art. 23 ff. BV-E 1959]

(1) Die wirtschaftliche Betätigung ist für jedermann, dem in der Schweiz das Recht zur Niederlassung gewährleistet ist, frei.

(2) Die Freiheit der Wirtschaft kann beschränkt werden

  (a) zur Sicherung des wirtschaftlichen Wettbewerbs;

  (b) aus Gründen des Konjunktur-Ausgleichs;

(c) zum Schutze bedeutsamer gefährdeter Wirtschaftszweige, insbesondere der Landwirtschaft;

(d) zur Sicherstellung der Landesversorgung;

(e) zur Gewährleistung eines dem unerlässlichen Lebensbedarf genügenden Auskommens;

(f) ohne Beschränkung nach der Zielsetzung im Rahmen der dem Bund zustehenden ausschliesslichen Gesetzgebungs-Zuständigkeiten ausgenommen derjenigen zur Regelung des privaten Bankwesens und der privaten Versicherung.

(3) Das Recht der freien Berufswahl und der freien Wahl der Arbeitsstätte bleibt in jedem Fall unantastbar.

Art. 9: Bürgerrecht [≈ Art. 14 BV-E 1959]

(1) Jeder Kantonsbürger ist Schweizerbürger.

(2) Die Bundesgesetzgebung ordnet:

(a) die Voraussetzungen unter denen das Kantonsbürgerrecht an Ausländer und Staatenlose verleihen werden darf;

(b) die Voraussetzungen unter denen das Kantonsbürgerrecht verleihen werden muss;

(c) der Erwerb des Kantonsbürgerrechtes durch Verwandtschaft.

(3) Der Schweizerbürger hat Anspruch auf Schutz gegenüber fremden Staaten. Er kann sein Bürgerrecht nur verlieren, wenn er im Ausland wohnt und eine andere Staatsangehörigkeit besitzt.

(4) Ausländer erwerben nach einem Wohnsitz von höchstens zehn Jahren das Recht der freien Niederlassung. Damit sind sie mit Ausnahme der politischen Rechte und der Bürgerpflichten im Inland den Schweizerbürgern gleichgestellt.

Kommentar gemäss den Kommissionsprotokollen

Abs. 1, Abs. 2 lit. a und c entsprechen der bisherigen Regelung in der BV-1874. Lit. b ist neu. Diese Bestimmung müsste und könnte man nach Meinung von Imboden durchsetzen. In der damals geltenden Bundesverfassung war bereits ein Ansatz dafür gegeben. Es handelte sich um die, seiner Meinung nach, unrichtig bezeichnete Einbürgerung «iure soli».

Imboden hatte eine starke Neigung für die Lösung, wonach der Bund die Voraussetzungen festlegt, unter denen das Kantonsrecht verliehen wird. Er verwies auf eine Gemeinde des Kantons Basel-Land, in welcher seit Jahren grundsätzlich nicht mehr eingebürgert wurde.

Stadler fragte, ob es sich bei Abs. 2 lit. b nicht um eine «Zwangseinbürgerung» wider Willen der betreffenden Gemeinde handelte. Imboden bestätigte diese Aussage.

Der Schutzanspruch in Abs. 3 Satz 1 sorgte für Diskussionen. Harald Huber warf die Frage auf, ob man allenfalls auf den Individualanspruch verzichten und stattdessen den Schutz bloss als Zielsetzung formulieren sollte, an welche sich die diplomatischen Vertretungen zu halten hätten. Wahlen bestätigte, dass genau bei diesem Punkt bei der Vorbereitung des Auslandschweizerartikels (Art. 45bis BV-1874) grosse Meinungsverschiedenheiten bestanden hatten.

Satz 2 von Abs. 3 beinhaltet einen pönalen Effekt. Imboden gab zu, dass dieser Satz modifiziert werden müsste. Harald Huber war ebenfalls dieser Meinung. Man müsste sowohl den Entzug als auch den Verlust des Bürgerrechtes regeln. Die Staatenlosigkeit sollte möglichst vermieden werden.

In Abs. 4 hat Imboden den Versuch gewagt, die Ausländer in verstärktem Masse den Schweizern gleichzustellen. Hans Huber fragte sich, ob bei Imbodens Lösung eine allfällige Unterbrechung der 10-Jahresfrist Folgen hätte. Einig war man sich, dass die Mög-

lichkeit der Staatenlosigkeit tunlichst zu vermeiden sei. Imboden zeigte sich davon überzeugt, dass das Bürgerrecht in Zukunft stark an Bedeutung verlieren werde. Seine Prognose möge utopisch erscheinen, doch er sei von deren Richtigkeit überzeugt.

Quelle: BAR, E4110B#1982/163#41*, S. 67 ff.; 4. Sitzung vom 25./27.1.1968 in Locarno, 3. Protokoll.

Zweiter Abschnitt: Die Kantone

Art. 10: Bestand [≈ Art. 1 BV-E 1959]

(1) Die 25 Kantone […] bilden die Schweizerische Eidgenossenschaft.

(2) Der Bund gewährleistet den Kantonen ihren Bestand und ihre verfassungsmässige Ordnung.

(3) Veränderungen im Bestand der Kantone und wesentliche Veränderungen ihres Gebietes bedürfen der Zustimmung der betroffenen Kantone und Kantonsteile sowie der Genehmigung durch Volk und Stände.

Kommentar gemäss den Kommissionsprotokollen

Die zum Teil vermisste Einleitung findet sich zumindest ansatzweise in diesem Artikel. Das, was hier steht, betrifft sowohl die Kantone als auch den Bund. Es wäre gemäss Imboden durchaus möglich, eine derartige Bestimmung vorwegzunehmen.

Für Hans Huber war die in Abs. 1 enthaltene Formulierung etwas stark an der Form des Staatenbundes orientiert. Diese habe sich jedoch eingelebt.

Der in Abs. 2 gewährleistete Bestand der Kantone, hat zur Folge, dass keine Aufhebung oder Spaltung der Kantone wider ihren

Willen erfolgen kann. Im Vergleich zum damals geltenden Art. 5 BV-1874 ist diese Bestimmung viel schlanker. Hans Huber erachtete die Regelung in Abs. 3 als wichtig. Es handle sich um eine gute Zusammenfassung. Die BV-1874 hatte keine diesbezügliche Bestimmung, was immer wieder Streitfragen zur Folge hatte. Huber verwies in diesem Zusammenhang auf den Kanton Jura und die Wiedervereinigung beider Basel.

Quelle: BAR, E4110B#1982/163#41*, S. 76 ff.; 4. Sitzung vom 25./27.1.1968 in Locarno, 3. Protokoll.

Art. 11: Organisation [ungefähre Entsprechung in Art. 2 ff. BV-E 1959]

(1) Im Rahmen der nachstehenden Vorschriften bestimmen die Kantone ihre Organisation selbst.

(2) Verfassungsgesetzgeber im Kanton ist das Volk. Einem Zehntel der Stimmberechtigten muss jederzeit das Recht zustehen, über eine beantragte Verfassungsänderung eine Volksabstimmung zu verlangen, durch die die Behörden von der Mehrheit der Stimmenden verpflichtet werden können, innert spätestens vier Jahren seit Einreichung des Begehrens eine dem gestellten Antrag entsprechende formulierte Verfassungsbestimmung dem Volk zur Annahme oder Verwerfung zu unterbreiten. Hat die Mehrheit der Stimmenden und zugleich ein Drittel der Stimmberechtigten einer Verfassungsvorlage zugestimmt, so darf deren Annahme nicht von weiteren erschwerenden Bedingungen abhängig gemacht werden.

(3) Rechtsetzende Anordnungen, ausgenommen Vollziehungsverordnungen und Noterlasse, müssen entweder dem Volk bestätigt oder auf Begehren von nicht mehr als einem Zwanzigstel der Stimmberechtigten dem Volk zur Annahme oder Verwerfung unterbreitet werden.

(4) In Verfassungsfragen muss der letzte Entscheid beim Richter liegen, sofern es sich um Streitigkeiten über die Autonomie von Gemeinden oder von kirchlichen Körperschaften, um Kompetenzstreitigkeiten zwischen kantonalen Behörden, um Streitigkeiten über die Ausübung der Volksrechte, insbesondere über die Gültigkeit einer Volkswahl oder Volksabstimmung, oder um die Rechtmässigkeit einer Verordnung handelt.

Kommentar gemäss den Kommissionsprotokollen

Die Frist zur Behandlung der Initiativen in Abs. 2 ist eine Neuerung.

Im letzten Satz von Abs. 2 wird ein qualifiziertes, ein doppeltes Mehr verlangt. Dies hat die Bedeutung einer Maximalbedingung. Den Kantonen steht es frei weniger zu verlangen.

Imboden äusserte sich in der Diskussion zu Abs. 3 wie folgt: Das Erfordernis des Gesetzesreferendums sei neu. Die Ausübung der Volksrechte sollte nicht durch die Festsetzung eines zu hohen Quorums erschwert werden. Seiner Meinung nach war das obligatorische Referendum weitgehend überlebt. Das fakultative Referendum sollte dagegen erleichtert werden, weil ansonsten kleinere Organisationen mit ideellen und kulturellen Zwecken, deren Anliegen durchaus wertvoll und legitim sein können, in unerwünschter Weise benachteiligt wären.

Auf mehrheitliche Ablehnung stiessen die Vorschläge des Quorums in Abs. 3, sowie die Gesetzesdelegation und die Verfassungsgerichtsbarkeit. Den Kantonen sollten keine bindenden Vorschriften gemacht, sondern die grösstmögliche Freiheit gewährt werden.

Nach Imboden ist es Sache der kantonalen Richter über die in Abs. 4 genannten Streitigkeiten in Verfassungsfragen zu entscheiden. Er setzte in seinem Verfassungsentwurf die kantonale Verfassungsgerichtsbarkeit voraus. Dies war eine Neuerung.

Quelle: BAR, E4110B#1982/163#41*, S. 78 ff.; 4. Sitzung vom 25./27.1.1968 in Locarno, 3. Protokoll.

Art. 12: Aufgaben und Bundestreue [≈ Art. 2 BV-E 1959]

(1) Die Kantone erfüllen alle Aufgaben, die nicht durch diese Verfassung dem Bund übertragen sind.

(2) Bundesrecht bricht kantonales Recht.

(3) Die Kantone dürfen nichts unternehmen und nichts unterlassen, was die Erfüllung der dem Bund übertragenen Aufgaben in Frage stellt.

(4) Wo für einen Beschluss des Volkes das Ständemehr erforderlich ist, gilt das Ergebnis der eidgenössischen Volksabstimmung als Standesstimme. Zur Ermittlung des Mehrs wird die Standesstimme um die Zahl der Vertreter des Kantons im Ständerat vermehrt.

Kommentar gemäss den Kommissionsprotokollen

Dem Inhalt nach entspricht dieser Artikel dem damals geltenden Art. 3 BV-1874. Nach Hans Hubers Auffassung war die Nennung des Begriffs «Souveränität» nicht nötig. Die blosse Auflistung aller Aufgaben, welche nicht durch die Verfassung dem Bund übertragen sind, genügte. Er spricht sich dafür aus, dass das bisherige System beibehalten bleibt. In diesem Zusammenhang verweist er auf Jean-François Aubert und andere Autoren, welche «stillschweigende Aufgaben» des Bundes ohne weiteres anerkennen. Er hielt dafür, dass die Verfassung dazu nicht Stellung nehmen sollte.

Abs. 2 legt fest, dass Bundesrecht kantonales Recht bricht. Dieser Grundsatz hatte bereits damals Geltung. Für jeden Bundesstaat ist dieses Prinzip unentbehrlich.

In Abs. 3 wird erstmals das Prinzip der Bundestreue formuliert. Die Vorschrift steht in einer gewissen Beziehung zu Abs. 1 von Art. 13 des VE-Imboden 1967. Hans Huber hätte es begrüsst, wenn diese zwei Absätze in einem Artikel zusammengefasst worden wären. Ferner würde er auch dem Bund gegenüber den Kantonen eine Treuepflicht auferlegen.

Die Bestimmung Abs. 4 hat einen engen Zusammenhang mit der Zusammensetzung des Ständerates. Aus diesem Grund stellte sich in der Sitzung die Frage, ob sie nicht besser anderswo untergebracht werden sollte.

Quelle: BAR, E4110B#1982/163#41*, S. 86 ff.; 4. Sitzung vom 25./27.1.1968 in Locarno, 3. Protokoll.

Art. 13: Beziehungen unter sich [≈ Art. 3 BV-E 1959]

(1) Die Kantone schulden einander die Rücksicht, die das Bundesverhältnis von ihnen verlangt. Sie enthalten sich jeder Selbsthilfe.

(2) Der Bund begrenzt durch Gesetz die gegenseitigen Zuständigkeiten der Kantone; soweit Vorschriften fehlen, entscheidet das Bundesgericht nach den Regeln, die es als Gesetzgeber aufstellen würde.

Kommentar gemäss den Kommissionsprotokollen

Im ersten Absatz wird die Bundestreue statuiert. Das Verbot der Selbsthilfe war damals in Art. 14 BV-1874 zu finden. Hans Huber war sich unsicher, ob der zweite Satz nicht entbehrlich sei.

Mit der Begrenzung der gegenseitigen Zuständigkeiten in Abs. 2 sind eigentliche Kollisionsvorschriften gemeint. Es geht um die Frage, welcher Kanton für welche Amtshandlung zuständig ist. Die Begrenzung der gegenseitigen Zuständigkeiten der Kantone beinhaltete auch das Verbot der Doppelbesteuerung. Imboden hat

verallgemeinert, was das Bundesgericht bereits im Gebiet der Doppelbesteuerung vorweggenommen hat; nämlich die Schaffung eines mehr oder weniger geschlossenen Systems von Regeln.

Quellen: BAR, E4110B#1982/163 #41*, S. 88; 4. Sitzung vom 25./27.1.1968 in Locarno, 3. Protokoll.

BAR, E4110B#1982/163#43*, S. 53 ff; 5. Sitzung vom 21./23.5.1968 in Chexbres, 2. Protokoll.

Art. 14: Verträge zwischen den Kantonen [≈ Art. 5 BV-E 1959]

(1) Durch Vertrag, der jedem an einer gemeinschaftlichen Ordnung interessierten Kanton offen steht (Konkordat), können die Kantone Teilgebiete der kantonalen Gesetzgebung vereinheitlichen oder gemeinsame Einrichtungen schaffen.

(2) Konkordate können den Bundesbehörden, wenn die Bundesversammlung zustimmt, Aufgaben der Vollziehung oder Rechtsprechung einräumen. Der Bund kann durch Bundesgesetz eigene Aufgaben der Vollziehung einer durch Konkordat begründeten gemeinsamen kantonalen Institution übertragen; die Befugnisse des Bundesgerichtes dürfen dadurch nicht geschmälert werden.

(3) Durch Gesetz kann der Bund die Ausrichtung von Bundesbeiträgen und die Gewährung von Anteilen an Bundeseinnahmen davon abhängig machen, dass die Kantone unter sich ein bestimmten Richtlinien entsprechendes Konkordat abschliessen.

(4) Durch besondere Verträge können regional verbundene Kantone einzelne Behörden und andere Einrichtungen zusammenlegen oder neben getrennten Behörden für besondere Aufgaben gleichartige gemeinsame Behörden schaffen.

Kommentar gemäss den Kommissionsprotokollen

In Abs. 1 geht es um eidgenössische Konkordate, welche allen Kantonen offenstehen. Laut Hans Huber wird der Begriff des Konkordates in der Schweiz einheitlich verwendet.

Imboden verzichtete bewusst auf eine Regelung in Bezug auf die Pflicht der Genehmigung der Verträge von Kantonen unter sich. Er sah im Zusammenhang mit der Verfassungsgerichtsbarkeit diesbezüglich ein Anfechtungsobjekt vor. Aus diesem Grund sah er keinen Bedarf für eine Bestimmung wie die damals geltende Ziff. 5 des Art. 85 BV-1874, nach welcher das Parlament Verträge der Kantone gutzuheissen hatte. Nach seinem Entwurf besteht die Möglichkeit, den Abschluss von Konkordaten anzufechten. Er hat nur die Form der Genehmigung durch die Anfechtung ersetzt.

Diskutiert wurde ferner über das Verbot von Verträgen mit politischem Inhalt. Imboden und Frl. Meier hielten dafür, dass das Gebot der Bundestreue genügt. Nach Harald Huber sollte das ausdrückliche Verbot politischer Bündnisse beibehalten werden. Er erinnerte an Ideen der Juraseparatisten, welche sich mit dem Gedanken eines Zusammenschlusses der welschen Kantone beschäftigt hatten.

Abs. 3 bestimmt, dass durch Gesetz eine weitere Einflussnahme des Bundes ermöglicht werden soll. So z.B. im Bereich der kantonalen Hochschulen. Es stellte sich in der Diskussion die Frage, ob ein solcher Absatz überhaupt in die Verfassung gehört. Kern war der Meinung, dass eine entsprechende Gesetzesbestimmung als Voraussetzung der Subventionserteilung genügt.

Abs. 4 behandelt besondere Verträge zwischen einzelnen Kantonen. Im Falle einer Umsetzung von Imbodens Verfassungsentwurf wären die in diesem Absatz genannten Behörden verselbständigt. Auf Kosten einer überregionalen Einheit würde den beteiligten Kantonen etwas entzogen.

Quellen: BAR, E4110B#1982/163#41*, S. 89 ff.; 4. Sitzung vom 25./27.1.1968 in Locarno, 3. Protokoll.

BAR, E4110B#1982/163#43*, S. 32 ff; 5. Sitzung vom 21./23.5.1968 in Chexbres, 2. Protokoll.

Dritter Abschnitt: Aufgaben des Bundes

Art. 15: Auswärtige Beziehungen [≈ Art. 16 BV-E 1959]

(1) Pflege und Ordnung der Beziehungen mit anderen Staaten und mit Staatengemeinschaften sind Sache des Bundes. Vorbehalten bleibt das Recht der Kantone, im Rahmen ihrer Zuständigkeit Angelegenheiten des nachbarlichen Verkehrs mit den angrenzenden Gebietskörperschaften fremder Staaten selbstständig zu ordnen.

(2) Der Bund regelt durch Gesetz oder Staatsvertrag:

a) Die Abgrenzung seiner eigenen Zuständigkeiten und der Zuständigkeiten der Kantone gegenüber anderen Staaten und gegenüber Staatengemeinschaften;
b) die Rechtsstellung der Ausländer in der Schweiz
c) die Beziehungen zu den Schweizern im Ausland und deren Rechte und Pflichten um Bund und in den Kantonen.

(3) Durch Staatsvertrag kann eine dem Bund zustehende Befugnis zur Rechtsetzung, zur Entscheidung oder zur richterlichen Beurteilung auf eine zwischenstaatliche Organisation übertragen werden, sofern die Übertragung durch Bundesgesetz bestätigt wird.

(4) Staatsverträge sind an die Verfassung gebunden; insbesondere dürfen sich rechtsetzende Staatsverträge nur auf Gegenstände beziehen, die Aufgaben des Bundes sind. Im Rahmen der Verfassung gehen die Staatsverträge und das allgemeine Völkerrecht allem andern Recht vor.

Kommentar gemäss den Kommissionsprotokollen

Imboden vertrat die Meinung, dass der Bund bei kollisionsrechtlichen Staatsverträgen eine umfassende Kompetenz haben sollte, also keine Bindung an die Verfassung besteht. Kern widersprach dieser Auffassung. Für ihn war der Bundesrat auf dem Gebiete der Aussenbeziehungen immer an die Verfassung gebunden. Er war der Ansicht, dass der Bund im Aussenverhältnis grössere Kompetenzen haben sollte, als in den inneren Angelegenheiten, ansonsten wäre die Vertragsfähigkeit der Schweiz nicht gewährleistet. Genauso ist es in Abs. 4 des VE-Imboden 1967 der Fall. Eine gewisse Korrektur dieser Konzeption liegt in Abs. 2 vor. Nach eigenen Angaben versuchte Imboden dadurch das Problem zu «entgiften».

Quelle: BAR, E4110B#1982/163#45*, S. 57 ff.; 6. Sitzung vom 2./4.9.1968 in Flims-Waldhaus, 2. Protokoll.

Art. 16: Ausschliessliche Aufgaben des Bundes [≈ Art. 17 BV-E 1959]

(1) Der Bund ordnet durch Gesetz:

a) Verteidigung und Zivildienst;

b) den zwischenstaatlichen Handel und Zahlungsverkehr;

c) das Verkehrswesen, ausgenommen den Bau von Lokalstrassen;

d) Währung und Kreditwesen sowie die private Versicherung;

e) die Energiewirtschaft;

f) Sozialversicherung und Arbeitsrecht.

(2) Im Bereiche einer ausschliesslichen Aufgabe des Bundes sind die Kantone zur Rechtssetzung sowie zum Vollzug befugt, soweit sie durch Bundesgesetz dazu ermächtigt werden.

Gemeinsame Bemerkungen zu Art. 16 und 17

In den Artikeln 16 und 17 fand eine Straffung der Bundesaufgaben statt. Von einer Mehrheit der Mitglieder der Arbeitsgruppe wurde die von Imboden verfolgte Tendenz begrüsst. Kern warf die Frage auf, ob es politisch nicht vorteilhafter wäre, wenn der Kompetenzkatalog gewisse ausdrückliche Garantien für den Bürger enthält. Stadler fügte an, dass man seiner Auffassung nach den Kompetenzkatalog in der Praxis ausführlicher wird bestimmen müssen. Laut Imboden sind die im Entwurf enthaltenen Formulierungen der Realität sehr nahe. Er wies daraufhin, dass er in seinem Entwurf Gesetz und Verordnung konsequent voneinander geschieden hat. Zudem habe er die Gesetzes- der Verfassungsinitiative angeglichen.

Anlässlich der Diskussion in der fünften Sitzung musste Imboden feststellen, dass der Bereich «Mass und Gewicht» in seinem Katalog nicht vorhanden ist. Dabei handelte es sich nach eigenen Angaben möglicherweise um eine Lücke.

Von Wahlen und Hans Huber wurde die Befürchtung geäussert, dass eine zu straffe und knappe Formulierung der Verfassungsartikel, insbesondere der Kompetenzbestimmungen, ein erhebliches Misstrauen des Bürgers zur Folge hätte.

Quelle: BAR, E4110B#1982/163#43*, S. 35 ff; 5. Sitzung vom 21./23.5.1968 in Chexbres, 2. Protokoll.

Kommentar zu Art. 16 gemäss den Kommissionsprotokollen

Wahlen war der Meinung, dass die Aufzählung der ausschliesslichen Aufgaben des Bundes in Art. 16 kaum vollständig sein könne, vergleiche man sie mit der damals geltenden Verfassung. Imboden widersprach dieser Auffassung. Viele Bundeskompetenzen der geltenden Bundesverfassung waren in seinem Entwurf in allgemeinen Begriffen enthalten, so z.B. der Begriff des Verkehrswesens.

Viel relevanter schien Imboden die Frage, nach welchen Kriterien die Aufgaben abgegrenzt werden sollten. In seinem Entwurf gibt es nur noch zwei Kategorien, die ausschliesslichen Aufgaben des Bundes und die gemeinsamen.

Imboden hat sich bei der Redaktion von Abs. 1 bewusst dazu entschieden, dass der Bundesgesetzgeber bestimmen kann, was alles in die Kompetenz des Bundes fällt. Imboden wäre mit einer Änderung des Kataloges in diesem Absatz einverstanden. Seiner Erfahrung (aus einem Seminar im Sommer 1967) nach wird die Enumeration der Kompetenzen der Kantone in der Bundesverfassung begrüsst. Die in diesem Artikel aufgezählten Aufgabenbereiche überstiegen die Möglichkeiten und Kräfte der Kantone. Diese Auffassung war massgebend für seine Konzeption.

Er war der Meinung, dass die Gewohnheit alles auf Verfassungsstufe detailliert regeln zu wollen, falsch war. Auch auf Stufe der Gesetzgebung gäbe es noch wirksame Einwirkungsmöglichkeiten.

Es war Imbodens Anliegen, in Abs. 2 nur echte Vorbehalte zu ermöglichen. Er möchte diesen Absatz in seiner Bedeutung keinesfalls abschwächen.

Quellen: BAR, E4110B#1982/163#41*, S. 64; 4. Sitzung vom 25./27.1.1968 in Locarno, 3. Protokoll.

BAR, E4110B#1982/163#43*, S. 37 ff; 5. Sitzung vom 21./23.5.1968 in Chexbres, 2. Protokoll.

Art. 17: Gemeinsame Aufgaben von Bund und Kantonen [keine Entsprechung im BV-E 1959]

(1) Der Bund erlässt Rahmengesetze und, soweit es in Teilgebieten unerlässlich ist, abschliessende Vorschriften über:

a) die Besiedlung des Landes sowie die Nutzung des Raumes und der Naturstoffe;

b) das Gesundheitswesen und den Schutz gegenüber Einwirkungen der Technik;
c) Ausbildung und Forschung;
d) die schweizerische Wirtschaft und einzelne ihrer Zweige, soweit die Verfassung ein Abgehen von der Wirtschaftsfreiheit erlaubt;
e) das Justizwesen, über Verfahren und Organisation der kantonalen Gerichte jedoch nur insoweit, als es zur Durchsetzung des Bundesrechts und zur Sicherung des Rechtsstaates geboten ist.

(2) Die Kantone sind berechtigt und, soweit es das Bundesgesetz verlangt, auch verpflichtet, die Rahmengesetze durch eigene Gesetze zu ergänzen.

(3) Unter Vorbehalt der Oberaufsicht des Bundes und der Rechtsprechung in letzter Instanz steht der Vollzug der Bundesgesetze den Kantonen zu, es sei denn, dass ein Bundesgesetz einzelne Entscheidungen in die Zuständigkeit des Bundes lege.

(4) Entwürfe zu Bundesgesetzen sind den Kantonen zur Vernehmlassung zu unterbreiten; die Stellungnahme der Kantone ist der Bundesversammlung mitzuteilen.

Kommentar zu Art. 17 gemäss den Kommissionsprotokollen[17]

Das Subsidiaritätsprinzip im klassischen Sinne ist in diesem Artikel verwirklicht. Stadler äusserte den Wunsch nach detaillierteren Regelungen. Die von Imboden skizzierte Lösung wäre von einem zu grossen Ermessensspielraum geprägt. Für ihn war bei diesem System zu wenig Sicherheit von Seiten der Verfassung vorhanden.

17 Siehe auch die gemeinsamen Bemerkungen zu Art. 16 und 17, S. 148.

Der Nachteil von Stadlers Vorschlag wäre, dass man wohl regelmässig Partialrevisionen machen müsste.

Die in Abs. 1 formulierte Lösung, dass der Bundesgesetzgeber abschliessende Vorschriften erlassen kann, stellt keine Neuerung dar. Überall dort, wo in der BV-1874 «Oberaufsicht» oder «Grundsatzgesetzgebung» geschrieben stand, bestand diese Möglichkeit bereits. Wie weit er seine Kompetenz ausschöpfen mochte, lag beim Bundesgesetzgeber. Dieses System sollte nach Kern auch in die neue Verfassung kommen.

Zur «Ausbildung» in lit. c zählte Imboden auch das gesamte Schulwesen.

In lit. e wollte Imboden das Beweisrecht vereinheitlichen. Würde dies nicht getan, so schien ihm unsere Rechtseinheit eine Fiktion zu sein. Harald Huber ging diese Bestimmung zu wenig weit. Er verwies auf die Bemühungen zur Schaffung eines allgemeinen schweizerischen Prozessrechts.

Imboden war der Meinung, dass nur Entwürfe zu Bundesgesetzen in den in Art. 17 Abs. 1 genannten Materien den Kantonen obligatorisch vorzulegen seien. So wie er es in Abs. 4 vorgesehen hat. Vernehmlassungen aus den Bereichen des Art. 16 sind fakultativ, ein solches Verfahren läge im Ermessen des Bundes. Eine weitergehende Verpflichtung, so wie sie Kern und Stadler für Bundesbeschlüsse oder Vollziehungsverordnungen wünschten, wäre Imboden zu weit gegangen.

Quelle: BAR, E4110B#1982/163#43*, S. 45 ff; 5. Sitzung vom 21./23.5.1968 in Chexbres, 2. Protokoll.

Art. 18: Finanzordnung [≈ Art. 23 ff. BV-E 1959. (Wird zusammengefasst mit der Wirtschaftsfreiheit).]

(1) Bund und Kantone erheben unter Vorbehalt der nachstehenden Einschränkungen alle Abgaben, die sie zur Erfüllung ihrer verfassungsmässigen Aufgaben benötigen.

(2) Dem Bund bleiben die Steuern auf dem Umsatz von Waren und Leistungen sowie auf allen Vorgängen und Werten, deren Regelung in seine ausschliessliche Zuständigkeit fällt, vorbehalten.

(3) Im Bereiche der direkten Besteuerung ist der Bund befugt, Steuern vom Einkommen, vom Ertrag der Körperschaften sowie von Erbanfällen und Schenkungen zu erheben; gleichzeitig geschuldete kantonale Steuern sind von den durch Bundessteuern belasteten Werten abzuziehen.

(4) Der Bund erlässt Vorschriften zur Verhinderung der Steuerflucht und gegen übermässige Steuerbelastungen.

(5) Die Kantone können am Ertrag der Bundessteuern beteiligt werden. Bundeszuschüsse an die Kantone sowie Beteiligungen an Einnahmen des Bundes haben dem Finanzausgleich zwischen den Kantonen zu dienen.

Kommentar gemäss den Kommissionsprotokollen

Imbodens Vorbild für die Ausgestaltung dieses Artikels waren die Vereinigten Staaten. Dort werden die Steuern als Mittel zur Erfüllung der Staatsaufgaben betrachtet und nicht als Staatsaufgabe selbst.

Abs. 1 enthält den Grundsatz. Bestimmte Einschränkungen werden jedoch vorbehalten, welche in den folgenden Absätzen beschrieben werden. Vermisst wurde eine Lösung des Problems der unterschiedlichen Besteuerung durch die verschiedenen Kantone.

Imboden hatte bei der Redaktion des vorliegenden Entwurfes lange überlegt, ob er in Abs. 2 den Begriff «Werte» durch «Vorgänge» ersetzen sollte, entspräche dies doch eher dem Konzept der indirekten Steuern. Für bedenkenswert erachtete er auch die Lösung den Bund zur Erhebung von Erbschaftssteuern zu ermächtigen. Dies vor allem deshalb, weil der Bürger die Besteuerung durch

die Kantone umgehen könne. Er äusserte die Vermutung, dass die Schweiz früher oder später dazu übergehen werde, die permanente Vermögenssteuer abzubauen, die Vermögenssubstanz dagegen in differenzierterer Weise im Zeitpunkt des Erbganges zu erfassen.

Abs. 3 bringt einen gewissen interkantonalen Ausgleich zu Lasten des Bundes. Der in dieser Bestimmung vorgesehene Abzug zeigt, dass beim Kanton ein gewisser Vorzug liegt. Der Bund muss auf die Höhe der kantonalen Steuern Rücksicht nehmen.

Quelle: BAR, E4110B#1982/163#43*, S. 52 ff; 5. Sitzung vom 21./23.5.1968 in Chexbres, 2. Protokoll.

Art. 19: Ziele der Bundesgesetzgebung [keine Entsprechung im BV-E 1959]

(1) Der Bund erfüllt seine Aufgaben nach den Grundsätzen des demokratischen Rechtsstaates, mit Rücksicht auf die gewordene Vielfalt und die begründeten Rechte der Minderheiten, in Verantwortung für die Schwachen und Benachteiligten sowie im Bestreben, im Notwendigen die Einheit der Gemeinschaft zu sichern.

(2) Er setzt sich bei Verwirklichung seiner Aufgaben insbesondere zum Ziele,

a) das Bild der Heimat zu wahren,

b) Ehe und Familie zu schützen,

c) jedermann eine seinen Fähigkeiten entsprechende Ausbildung zu ermöglichen,

d) die Gesundheit aller wie diejenige des einzelnen zu schützen;

e) unter Berücksichtigung der Obliegenheiten der Kantone jedem Erwerbsfähigen Arbeit zu ermöglichen und jedem, der sich und seine Familie durch eigene Arbeit nicht zu erhalten vermag, Hilfe zu gewähren.

Kommentar gemäss den Kommissionsprotokollen

Dieser Artikel enthält die eigentlichen Ziele der Bundestätigkeit. Zudem ist er sehr viel konkreter als die Präambel. Nach Imbodens Meinung handelte es sich bei den Zielen nicht um eigentliche Grundrechte, sondern um Zwecksetzungen.

Gemäss Imbodens Aussagen ist in Abs. 1 ein Teil der Substanz von Art. 2 VE-Imboden 1967 enthalten. Für ihn hatte dieser erste Absatz die Bedeutung einer Auslegungshilfe. Aus Art. 19 VE-Imboden 1967, insb. Abs. 2, dürfen keine neuen Bundeskompetenzen abgeleitet werden. Imboden selbst stand dem Artikel, was die Redaktion anbelangte, kritisch gegenüber. Abs. 2 möge etwas zufällig formuliert sein, gab er zu. Es wäre wohl möglich diese Bestimmung grundsätzlicher zu konzipieren. Auch in Abs. 1 liesse sich nach seinen Aussagen Verschiedenes redaktionell verbessern.

Der Grundgedanke dieses Artikels war es die Sozialrechte vorwegzunehmen. An die Konzeption der Sozialrechte als eigentliche Grundrechte glaubte Imboden nicht. Als Beispiel nannte er das «Recht auf Bildung», welches nur Ziel sein könne und nicht mehr.

Harald Huber warf die Frage auf, ob es sich bei Abs. 2 um einen blossen Programmartikel handelt, oder ob diese Bestimmung eine weitergehende Bedeutung habe. Imboden bestätigte, dass er diesen primär als Programmartikel konzipiert hatte.

Nach Hans Hubers Meinung sollte dieser Artikel keine Kompetenzbestimmung sein, sondern die Ziele des Bundes bei der Ausübung seiner Kompetenzen festlegen. Einzelne Bestimmungen der damals geltenden Bundesverfassung gingen bereits in diese Richtung, so z.B. Art. 24^{sexies} BV-1874.

Quelle: BAR, E4110B#1982/163#41*, S. 56 ff.; 4. Sitzung vom 25./27.1.1968 in Locarno, 3. Protokoll.

Vierter Abschnitt: Die Bundesbehörden

1. Allgemeine Vorschriften

Art. 20: Oberste Gewalt [≈ Art. 28 BV-E 1959]

(1) Die oberste Gewalt des Bundes liegt bei Volk und Ständen.

(2) Soweit Volk und Stände nach der Verfassung nicht selbst entscheiden, wird die Bundesgewalt durch die Bundesbehörden ausgeübt.

Kommentar gemäss den Kommissionsprotokollen

Imboden gab zu, dass man diese Vorschrift ohne grossen Nachteil streichen könnte, da es eine repetitorische Bestimmung sei. Für ihn war sie insofern relevant, da er die Staatsform nur danach bestimmen könne, wer im Staate über die verfassungsändernde Gewalt verfüge.

Quelle: BAR, E4110B#1982/163#43*, S. 62; 5. Sitzung vom 21./23.5.1968 in Chexbres, 2. Protokoll.

Art. 21: Gewaltentrennung [≈ Art. 29 BV-E 1959]

(1) Die rechtsetzende, die vollziehende und die rechtesprechende Gewalt sind getrennt.

(2) Niemand kann gleichzeitig mehreren von der Verfassung bezeichneten Bundesbehörden angehören. Wer im Bundesdienst steht, kann nicht Mitglied einer Bundesbehörde sein.

Kommentar gemäss den Kommissionsprotokollen

Der Grundsatz der Gewaltentrennung in Abs. 1 gehört laut Imboden unbedingt in die Verfassung, auch wenn er nicht vorbehaltlos

gilt. Die Einführung der Verfassungsgerichtsbarkeit bspw. würde die Gewaltentrennung durchbrechen.

Es gab eine längere Diskussion über Abs. 2, Satz 2. Imboden befürchtete, dass drei Elitekategorien verloren gingen, respektive nicht voll ausgeschöpft werden: die Wissenschafter, die Wirtschaftsfachleute und die Beamtenelite. Aus diesem Grund befürwortete er die Einführung von Staatssekretären. Als weiteres Argument für die Bestimmung wurde genannt, dass man nicht in der eigenen Aufsichtsbehörde sitzen solle (so Hans Huber und Wahlen). Der Vorschlag von Frl. Meier zur Aufnahme eines des englischen «declaration of interests» ähnlichen Grundsatz auf Bundesebene wurde begrüsst. Nicht nur für Parlamentarier sollte eine solche Bestimmung gelten, sondern auch für die Zusammensetzung der parlamentarischen Kommissionen, so die einhellige Meinung. Diese Regelung sollte jedoch im GVG stehen. Imboden hätte sich zwei Bestimmungen vorstellen können.

1. Fürs Präsidium der parlamentarischen Kommissionen dürften keine Interessenvertreter kandidieren.

2. Ein Erlass, welcher die Deklaration der Interessen gewährleistet. Seines Erachtens war es jedoch fraglich, ob dies auf Verfassungsebene zu verwirklichen sei.

Frl. Meier bemerkte, dass dem Art. 21 der historische Grundsatz der Gewaltentrennung zugrunde liege. Wenn sie die heutigen Verhältnisse betrachte, frage sie sich, ob die Verwaltung im System der Gewaltentrennung nicht bald eine selbständige Stellung einnehme. Wahlen und Harald Huber verneinten dies. Sie waren sich einig, dass die Verwaltung der Exekutive zuzurechnen sei. Wahlen befürchtete, dass sich bei Imbodens Lösung die Parlamentarier bei Einzelfragen nicht mehr an den Bundesrat, sondern nur noch an die Staatssekretäre wenden würden. Die Folge wäre eine noch grössere Verselbständigung der Verwaltung.

Quellen: BAR, E4110B#1982/163#43*, S. 63 ff.; 5. Sitzung vom 21./23.5.1968 in Chexbres, 2. Protokoll.

BAR, E4110B#1982/163#41*, S. 62; 4. Sitzung vom 25./27.1.1968 in Locarno, 3. Protokoll.

Art. 22: Öffentlichkeit [≈ Art. 30 BV-E 1959]

(1) Die Tätigkeit der Bundesversammlung, des Bundesgerichtes, des Wirtschafts- und Sozialrates sowie des Rates für Bildung und Forschung ist öffentlich.

(2) In die Akten der Bundesverwaltung kann jeder Beteiligte Einsicht nehmen.

(3) Das Gesetz bestimmt die durch die Interessen des Staates oder Privater gebotenen Ausnahmen.

Kommentar gemäss den Kommissionsprotokollen

Bei der Redaktion von Abs. 1 hat Imboden vor allem an die Protokolle der Kommissionsberatungen gedacht, welche seiner Meinung nach öffentlich sein sollten. Wahlen konnte sich die generelle Einsicht in Akten der Bundesverwaltung nicht recht vorstellen.

Da Abs. 2 und 3 den Gehalt des neuen Verwaltungsverfahrensgesetzes aufnehmen, würden beim Recht auf Einsichtnahme diejenigen darunter fallen, welche am Verfahren selbst beteiligt waren. Weiter führte Hans Huber dazu aus, dass er es daher als zweckmässig erachten würde, wenn in diesem Zusammenhang die Grundsätze des Verfahrensgesetzes aufgenommen würden, wenn auch nicht derart ausführlich. Auch Harald Huber teilte den Wunsch nach einer Regelung der Akteneinsicht. Imboden entgegnete dieser Befürchtung, dass er als Voraussetzung der Einsichtnahme die persönliche Beteiligung vorsehen würde.

Die Diskussion drehte sich weiter um die Frage, wie weit die Akteneinsicht gehen und ob man den Anspruch allenfalls verallgemeinern sollte. Weiter wurde besprochen, ob die Regelung auch

für die Kantone gelten sollte. Nach dem Entwurf von Imboden ist das Recht der Akteneinsicht auf das Verwaltungsverfahren beschränkt. Imboden schlug vor, statt des Grundsatzes der Öffentlichkeit der Gerichtsverhandlungen eher eine Pflicht zur Wiedergabe der Minderheitsmeinung zu schaffen, nach dem Vorbild der «dissenting opinions» im angloamerikanischen Raum.

Quelle: BAR, E4110B#1982/163#43*, S. 73 ff.; 5. Sitzung vom 21./23.5.1968 in Chexbres, 2. Protokoll.

Art. 23: Verantwortlichkeit [≈ Art. 31 BV-E 1959]

Der Bund haftet für den Schaden, den seine Behörden und seine Bediensteten rechtswidrig verursachen.

Kommentar gemäss den Kommissionsprotokollen

Hans Huber machte den Vorschlag, der Bestimmung das Prinzip der generellen Verantwortlichkeit der Behörden für all ihr Handeln voranzustellen. Harald Huber und Kern befürchteten hingegen, dass sich dadurch Missverständnisse und Auslegungsfragen ergeben könnten.

Quelle: BAR, E4110B#1982/163#43*, S. 75 f.; 5. Sitzung vom 21./23.5.1968 in Chexbres, 2. Protokoll.

Art. 24: Sprachen und Sitz [≈ Art. 32 BV-E 1959]

(1) Amtssprachen sind das Deutsche, das Französische und das Italienische.

(2) Das Rätoromanische ist als Nationalsprache anerkannt.

(3) Sitz der Bundesbehörden ist Bern. Das Bundesgericht hat seinen Sitz in Lausanne, das Verfassungsgericht in Luzern.

Kommentar gemäss den Kommissionsprotokollen

Harald Huber war gegen starre Grenzen im Sinne der Ausschliesslichkeit. Seiner Meinung nach sollte man der freien Entwicklung Raum lassen. Hans Huber, Wahlen und Kern sprachen sich dafür aus, dass man eine Pflicht zur Erhaltung sämtlicher Nationalsprachen aufnehmen soll. Imboden sah für die Bewahrung des Rätoromanischen gewisse Schwierigkeiten voraus. Frl. Meier, Harald Huber und Wahlen befürchteten durch die Bestimmung in Abs. 3 im Falle einer Sitzverlegung der Bundesbehörden unnötige Hindernisse.

Quelle: BAR, E4110B#1982/163#43*, S. 76; 5. Sitzung vom 21./23.5.1968 in Chexbres, 2. Protokoll.

Art. 25: Wählbarkeit [≈ Art. 33 BV-E 1959]

Wählbar in eine Bundesbehörde ist jeder Aktivbürger.

Kommentar gemäss den Kommissionsprotokollen

Harald Huber fragte sich, ob auch Geistliche gewählt werden könnten. Gemäss Imboden wäre auch ein Bischof wählbar, wenn er auf sein Bischofsamt verzichtete. Gemäss Hans Huber müsste allenfalls eine andere Bezeichnung für «Aktivbürger» gewählt werden, da nicht klar sei, ob auch Frauen gemeint seien. Imboden berichtete, dass die Frauen im Kanton Basel-Stadt wünschten, die «männliche Bezeichnung» möge für beide Geschlechter gelten.

Quelle: BAR, E4110B#1982/163#43*, S. 76 f.; 5. Sitzung vom 21./23.5.1968 in Chexbres, 2. Protokoll.

2. Bundesversammlung

Art. 26: Zweikammer-System [≈ Art. 34 BV-E 1959]

(1) Die Bundesversammlung besteht aus dem Nationalrat und dem Ständerat als getrennten und gleichgestellten Abteilungen.

(2) Jeder Beschluss der Bundesversammlung bedarf der Zustimmung von Nationalrat und Ständerat.

(3) Jeder Rat konstituiert sich selbst. Präsident und Vizepräsident werden auf zwei Jahre gewählt.

(4) Wahlen, die in die Zuständigkeit der Bundesversammlung fallen, werden in gemeinsamer Sitzung unter dem Vorsitz des Nationalrats-Präsidenten vorgenommen (Vereinigte Bundesversammlung).

Kommentar gemäss den Kommissionsprotokollen

In der fünften Sitzung gab es eine Diskussion über die Zusammensetzung des Ständerates. Harald Huber stellte fest, dass der Ständerat die politischen Kräfteverhältnisse in keiner Weise widerspiegelt. Selbst in der Exekutive herrsche ein stabiles politisches Gleichgewicht. Weiter kritisierte er die zweijährige Amtsdauer der (Vize-)Ratspräsidenten. Seiner Meinung nach sollten möglichst viele Ratsmitglieder einmal dieses Amt übernehmen.

Mit der Regelung in Abs. 3 wollte Imboden eine Stärkung des Parlamentes und des Ratspräsidenten erreichen. Er erwog sogar das Amt ähnlich dem der Bundesräte zu stellen, d.h. ein Vollamt zu schaffen, um dadurch eine grössere Einflussnahme zu erreichen. Wahlen gab jedoch zu bedenken, dass die Belastung dadurch sehr gross und die Auswahlmöglichkeiten eingeschränkt würden. Zudem bestünde bei Imbodens Lösung eine gewisse Diskrepanz zwi-

schen den Parlamentskammern mit einem Milizsystem und zwei Berufsvorsitzenden.

Quelle: BAR, E4110B#1982/163#43*, S. 77 ff.; 5. Sitzung vom 21./23.5.1968 in Chexbres, 2. Protokoll.

Art. 27: Nationalrat [≈ Art. 37 BV-E 1959]

(1) Der Nationalrat besteht aus zweihundert Mitgliedern, die in geheimer Wahl auf vier Jahre gewählt werden.

(2) Die Hälfte der Mitglieder wird in Einerwahlkreisen, die einem Kanton oder einem Teilgebiet eines Kantons entsprechen, gewählt. Im ersten Wahlgang gibt das absolute, im zweiten das relative Mehr den Ausschlag.

(3) Die andere Hälfte der Mitglieder wird nach dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit in einem einzigen das ganze Land umfassenden Wahlkreis gewählt. Die von den politischen Vereinigungen eingereichten Listen können vom Wähler nicht verändert werden. Der Wahlvorschlag einer politischen Vereinigung, die am letzten Wahlgang nicht teilgenommen hat oder die im letzten Wahlgang nicht einen Hundertstel der Stimmen für sich gewinnen konnte, muss durch einen Zehntel der für ein Referendum erforderlichen Unterschriften von Aktivbürgern unterstützt sein.

Kommentar gemäss den Kommissionsprotokollen

Für Imboden stand fest, dass keine Behörde, kein Rat in der Schweiz die Nation als Ganzes repräsentiert. Grund dafür ist die, seiner Meinung nach, schwerwiegende Entscheidung von 1919, dass die Kantone die Wahlkreise bilden. Daher sei der Nationalrat immer mehr von den Kantonen abhängig, wogegen die Ständeräte oft pointiertere und unabhängigere Auffassungen vertreten.

Die Zentralparteien sollten wieder mehr Einfluss auf die Wahlen und damit auf gesamtschweizerischer Ebene erhalten. Die Lösung sah er darin, dass die Hälfte der Mitglieder in Einerwahlkreisen, die andere Hälfte nach dem Proporzsystem in einem einzigen Landeswahlkreis gewählt werden.

Harald Huber war vehement gegen diesen Vorschlag. Für Parteien, welche nur in wenigen Kantonen wirksam seien, sah er kaum Chancen. Zudem würde bei dieser Lösung die direkte Demokratie, die Mitwirkung des Volkes zu Gunsten der Stärkung der Zentralparteien, beschnitten. Durch Fernsehen und «Public Relation Manager» würden die Wahlen immer mehr beeinflusst, die Bildung von Einerwahlkreisen würde dieser Tendenz noch Vorschub leisten. Hans Huber sprach sich grundsätzlich für das System Imbodens aus, fragte sich jedoch, ob das Verfahren von Abs. 3 realisierbar sei und ob die Kandidaten, welche sich im einzigen Wahlkreis stellen, genügend bekannt seien.

Frl. Meier sah zwar auch kaum Chancen, dass Imbodens Vorschlag mit dem Einerwahlkreis realisierbar sei, schlug jedoch vor, dass die Idee als mögliche Variante in den Schlussbericht einfliesse. Vor allem auch, weil ihrer Meinung nach die Wahlen in Zukunft durch die Massenmedien vermehrt beeinflusst würden.

Über eine Änderung der Wahlgrundlage des Nationalrates dachte Imboden bereits im Januar 1961 nach. Die Zahl der Nationalräte entsprach schon länger nicht mehr der Vertretungszahl. In einem Artikel der Nationalzeitung[18] präsentierte er am 29. Januar 1961 seine drei Vorschläge zur Reform. Die Mandatszahl könnte statt auf die Gesamtbevölkerung eines Kantons nur auf dessen schweizerischer Wohnbevölkerung abgestützt werden. Seiner Meinung nach wäre die Erhöhung der Vertretungszahl am naheliegendsten. Dagegen spricht, dass sie in wenigen Jahren wieder geändert werden müsste. Für am ehesten geeignet hielt er die Lösung dem Nationalrat eine feste Zahl an Mitgliedern zu geben. 200 an der

18 Nationalzeitung vom 29.1.1961, Nr. 47, S. 3.

Zahl erachtete er eine den Verhältnissen angemessene Grösse. Für unabdingbar bezeichnete er die Zerlegung der grossen Kantone in mehrere Wahlkreise. Er empfand zudem die Proporzwahlen für problematisch. Bei einer Liste mit Namen von 30 oder mehr Personen sei es nicht möglich, einen wesentlichen Teil der Kandidaten zu kennen.

Quelle: BAR, E4110B#1982/163#43*, S. 81 ff.; 5. Sitzung vom 21./23.5.1968 in Chexbres, 2. Protokoll.

Art. 28: Ständerat [≈ Art. 38 BV-E 1959]

(1) In den Ständert ordnen für jeweils sechs Jahre ab:

a) die Kantone, in denen die ganze Bevölkerung oder der grössere Teil der Bevölkerung in Gebieten französischer oder italienischer Sprache wohnt, und die fünf Kantone, die in den Gebieten deutscher Sprache die grösste Wohnbevölkerung aufweisen, sowie der Kanton Graubünden je drei Vertreter;

b) die übrigen Kantone je zwei Vertreter.

(2) Die Wahl erfolgt durch die Aktivbürger der Kantone, sei es an der Urne oder an der Landsgemeinde. Im ersten Wahlgang gibt das absolute, im zweiten das relative Mehr den Ausschlag.

(3) Nach Massgabe des Gesetzes finden alle zwei Jahre in einem Teil der Kantone Neuwahlen statt.

(4) Die Mitglieder des Ständerates gehören der Volksvertretung ihres Kantons mit beratender Stimme an.

Kommentar gemäss den Kommissionsprotokollen

Ausgangspunkt für den Abs. 1 war der Gedanke an eine angemessene Vertretung der Minderheitssprachen. Die Reform des Ständerates sah vor, die Zahl der Mitglieder auf 60 zu erhöhen und

die zusätzlichen Mandate auf die bevölkerungsreichen Kantone zu verteilen.

Diese Bestimmung stiess jedoch auf Kritik. Eine gerechte und zweckmässige Differenzierung fiele schwer (Wahlen) und eine Abweichung von der heutigen Konzeption nähere sich dem Zufälligen (Hans Huber).

Zu Abs. 2 führte Imboden aus, dass eine innere Konsequenz verlangte, dass die Stimmbürger die Vertreter des Ständerats wählen sollen. Frl. Meier pflichtete dem bei. Da die Mitbestimmung bei Abstimmungen zurückgehe, könne man so womöglich die Beteiligung bei den Wahlen stärken. (Die Kantone Neuenburg, Freiburg und Bern wechselten erst nach 1970 von der Wahl der Ständeräte durch das Kantonsparlament zur Volkswahl.)

Eine ähnliche Bestimmung wie Abs. 4 schlug Imboden beim Basler Verfassungsrat vergeblich vor. Man befürchtete eine Ungleichheit zwischen National- und Ständerat. Imbodens Anliegen war es, den Austausch zwischen den kantonalen Behörden und den Vertretern im Ständerat zu stärken. Harald Huber bezweifelte den Nutzen einer solchen Bestimmung. Viele Ständeräte sässen bereits in der kantonalen Regierung oder dem Parlament. Zudem erschien ihm die Zusammenarbeit eher eine Frage des persönlichen Kontaktes und der Einstellung. Wahlen stimmte ihm zu. Das angestrebte Ziel könne wohl kaum auf verfassungsrechtlicher Ebene erreicht werden. Ausserdem steht die Bestimmung der Regel entgegen, wonach die Abgeordneten ohne Instruktionen zu stimmen haben. Darüber hinaus wäre die zusätzliche Verpflichtung in der Volksvertretung des Kantons mitzuwirken für viele Ständeräte kaum tragbar.

Quelle: BAR, E4110B#1982/163#45*, S. 59 ff.; 6. Sitzung vom 2./4.9.1968 in Flims-Waldhaus, 2. Protokoll.

Art. 29: Stellung der Mitglieder [≈ Art. 36 BV-E 1959]

(1) Die Mitglieder beider Räte sind in Rede und Stimmabgabe frei.

(2) Das Gesetz erlässt Vorschriften, um die persönliche und die wirtschaftliche Unabhängigkeit der Ratsmitglieder zu sichern.

(3) Die Präsidenten der Räte sind in ihrer persönlichen Stellung den Mitgliedern des Bundesrates gleichgestellt.

Kommentar gemäss den Kommissionsprotokollen

Wie man Abs. 2 entnehmen kann, sollen auch die Parlamentarier grosszügig besoldet werden, damit die Unabhängigkeit gefördert wird. Dadurch soll verhindert werden, dass versucht wird, auf die Freiheit der Meinungsbildung einzuwirken. Bei den Mitgliedern der Arbeitsgruppe, insbesondere bei Harald Huber und Wahlen, gab es jedoch Zweifel, ob eine legitime Abgrenzung so einfach von einer unerwünschten Beeinflussung zu unterscheiden sei.

In Abs. 3 sah Imboden vor, dass die Aufgabe des Präsidenten (in jedem Rat) ein Vollamt wäre. Ihm stünden ein eigenes Büro, ein eigener Stab und der Sold eines Bundesrates zu. Guisan richtete sich in der Sitzung an Imboden mit der Frage, ob die betreffenden Parlamentarier dank der Besoldung keiner weiteren Tätigkeit mehr nachgehen müssten. Somit würde es sich ja um professionelle Parlamentarierer handeln. Imboden gab zur Antwort, dass diese Folgen nicht unbedingt eintreten müssen. Sein Grundgedanke sei vielmehr, dass man in den Fällen mit der Besoldung nicht kleinlich sein darf, in denen man die Unabhängigkeit fördern kann.

Quelle: BAR, E4110B#1982/163#45*, S. 63 f. ; 6. Sitzung vom 2./4.9.1968 in Flims-Waldhaus, 2. Protokoll.

Art. 30: Gesetzgebung [≈ Art. 39 BV-E 1959]

(1) Die Bundesversammlung ist Gesetzgeber.

(2) Soweit es sich nicht um Vollziehungsverordnungen oder Notverordnungen handelt, erlässt sie als Bundesgesetz alle allgemeinen Vorschriften, die das Verhalten des Bürgers bestimmen oder die die Organisation des Bundes betreffen.

Kommentar gemäss den Kommissionsprotokollen

Gemäss Hans Huber kann ein moderner Verwaltungsstaat nicht auf Verordnungen, die auf gesetzlichen Ermächtigungen beruhen, verzichten. Das Stimmvolk hat die Möglichkeit zu den Ermächtigungsgesetzen Stellung zu nehmen. Oft ist das Parlament nicht sachkundig genug, um selbst zweckmässige Regelungen zu treffen.

Bei der in Abs. 2 erwähnten Notverordnung handelt es sich um Massnahmen nach Art. 39 lit. d dieses Entwurfes. Obwohl der Hinweis auf die Notverordnung bei Harald Huber auf Ablehnung stiess, betrachtete Imboden sie für unbedenklich.

Quelle: BAR, E4110B#1982/163#45*, S. 65; 6. Sitzung vom 2./4.9.1968 in Flims-Waldhaus, 2. Protokoll

Art. 31: Gesetzes-Initiative [≈ Art. 44 BV-E 1959]

(1) Einen Antrag auf Erlass, Abänderung oder Aufhebung eines Gesetzes (Gesetzes-Initiative) können stellen:

a) der Bundesrat,

b) eine Kommission des Nationalrates oder des Ständerates,

c) jedes Mitglied der Bundesversammlung, sofern der Rat, dem es angehört, das Begehren nicht ablehnt,

d) ein Fünfzigstel der Aktivbürger,

e) jeder Kanton.

(2) Eine Gesetzes-Initiative darf sich nur auf einen einzigen Gegenstand beziehen. Geht sie nicht vom Bundesrat aus, so darf sie keinen formulierten Gesetzestext enthalten; hingegen kann die verlangte Änderung durch allgemeine Richtlinien umschrieben werden.

(3) Zu einer Gesetzes-Initiative der Aktivbürger oder eines Kantons erstattet der Bundesrat der Bundesversammlung innert spätestens zweier Jahre Bericht und Antrag.

(4) Geht die Gesetzes-Initiative von einer Kommission oder einem Mitglied der Bundesversammlung aus, so entscheidet die Bundesversammlung, ob diese als verbindlicher Auftrag oder als einfache Anregung dem Bundesrat zu überweisen sei. Wird sie als verbindlicher Auftrag überwiesen und legt der Bundesrat nicht innert der vom Gesetz festgelegten Frist einen den Auftrag erfüllenden Gesetzestext vor, so kann der Rat, in dem der Antrag eingebracht wurde, den Gesetzesvorschlag durch eine Kommission ausarbeiten lassen.

Kommentar gemäss den Kommissionsprotokollen

Für grosse Diskussionen sorgte die Frage, ob die Gesetzesinitiative (Abs. 2) einen formulierten Gesetzestext enthalten darf oder nicht. Imboden war der Meinung, dass sich den Initianten auf dem Weg einer nicht formulierten Initiative mehr Chancen bieten. Harald Huber war für die formulierte Initiative, da der Bürger bei der Abstimmung weiss, worauf er sich einlässt und weil man auf diesem Weg die Behörden besser verpflichten kann.

Hans Huber war gegen die formulierte Gesetzesinitiative. Er befürchtete einen weiteren Qualitätsschwund in der Gesetzgebung.

Denn die Gesetzgebung sei eine Angelegenheit eingehendster und gründlichster Vorarbeiten und genauer Prüfung. Er gab zu bedenken, dass es schwieriger sei, gute Gesetze zu machen, als eine gute Verfassungsbestimmung. Würde man die Einführung der Gesetzesinitiative zulassen, dann nur die allgemeine Anregung. Bei dieser Lösung würde nach Hans Hubers Ansicht wohl bei den Initianten die Besorgnis entstehen, dass ihre Anregungen durch das Parlament verwässert und nicht im gewünschten Sinne realisiert würden.

Harald Huber widersprach den Auffassungen von Hans Huber und Max Imboden. Er kenne Initiativen aus dem Kanton St. Gallen, die sehr sorgfältig ausgearbeitet worden seien. Die formulierte Initiative habe ja vor allem bei Oppositionsgruppen eine grosse Bedeutung. In Imbodens Entwurf wäre das Bundesgericht dazu da, um über die richtige Erfüllung einer nicht formulierten Initiative zu wachen und allenfalls einzuschreiten.

In Abs. 2 ist der Grundsatz der Einheit der Materie festgeschrieben. Hans Huber bezweifelte, ob dieses Gebot nicht eher bei der Verfassungs- anstatt bei der Gesetzesinitiative zum Zug komme. Imboden gestand, dass er sich diese Frage gut überlegt habe. Die Lösung liege darin, den Begriff sachadäquat auszulegen. Harald Huber plädierte für eine weite Auslegung des Begriffes.

In Abs. 4 handelt es sich um eine Gesetzesinitiative auf Antrag einer Kommission oder eines Mitgliedes der Bundesversammlung und nicht um eine Volksinitiative. In diesem Fall erfolgt die Überprüfung nicht durch das Bundesgericht.

Im Dezember 1958 reichte die Sozialdemokratische Partei ein Volksbegehren auf Verwirklichung der Gesetzesinitiative ein. Das Parlament lehnte das Begehren ab, beauftragte jedoch den Bundesrat dazu eine allfällige Gesamtrevision des Initiativrechts zu prüfen.

Im Februar 1959 äusserte sich Imboden in einem NZZ-Artikel[19] zu diesem Volksbegehren. Die Verfassung müsse etwas von allem anderen Recht Verschiedenes sein, etwas über diesem Stehenden. In die Verfassung [von 1874] seien Bestimmungen eingefügt worden, die nicht die staatliche Ordnung berühren, sondern nur Hinweise für die Ausführungsgesetzgebung enthalten. Die staatliche Grundordnung drohe ob der Fülle verfassungsfremden Stoffes zu ersticken. Im Artikel formuliert er daher drei Forderungen. Er möchte die formulierte Initiative preisgeben, zudem sollen die inhaltlichen Schranken der Volksinitiative schärfer umrissen werden (Hauptziel ist dabei die Gewährleistung einer unverfälschten Willensbildung.). Als Letztes wird die Einschaltung eines Verfassungsrichters gefordert. Letzteres solle dazu dienen, die dem Initiativrecht gesetzten Schranken zu sichern.

In einem weiteren Artikel, welcher in der Nationalzeitung[20] erschien, begrüsste Imboden den Antrag auf Überprüfung des Initiativrechts. Nach den 60 Teilrevisionen der Verfassung, sehe man ob dem schmückenden Zierrat den Zuschnitt nicht mehr. Das Initiativrecht sei revisionsbedürftig. Die Kontrolle über die Rechtmässigkeit von Volksbegehren müsse dem Bundesgericht übertragen werden. Darüber hinaus solle das Volk zwar die politischen Richtlinien setzen, die Übertragung in die Gesetzessprache jedoch durch die fachkundigen Behörden geschehen. Aus diesem Grund entspreche es einer sinnvollen Regelung, nur die nicht-formulierte Verfassungs- oder Gesetzesinitiative (Initiative in Form der allgemeinen Anregung) zuzulassen.

Imboden zeigte sich enttäuscht von den Ergebnissen des Ergänzungsberichtes des Bundesrates[21] über das Volksbegehren für die Einführung der Gesetzesinitiative im Bund. Der Bundesrat anerkannte darin die Notwendigkeit der Gesamtrevision des Initiativrechts, aber nicht deren zeitliche Dringlichkeit. Wie Imboden in

19 NZZ vom 3.2.1959, Nr. 328, Abendausgabe, Blatt 6, S. 1 f.
20 Nationalzeitung vom 22.5.1960, Nr. 234, S. 3.
21 BBl 1960 II 873 ff.

einem späteren Artikel in der Nationalzeitung[22] schrieb, sei jetzt die Zeit für die Totalrevision. Seit dem Ersten Weltkrieg seien Bestimmungen in die Verfassung aufgenommen worden, ohne auf den inneren Zusammenhang mit den anderen Teilen der Verfassung zu achten. Ein weiterer Grund für die Ablehnung der Einrichtung der Gesetzesinitiative durch den Bundesrat läge in den föderalistischen Bedenken. Durch die Gesetzesinitiative werde das föderative Element überspielt, so Imboden. Während jedes Bundesgesetz der Zustimmung des Ständerates (damit der Mehrheit der Kantone) verlange, gäbe bei einer Abstimmung über die Gesetzesinitiative nur das Volksmehr den Ausschlag. Aus diesem Grund forderte Imboden, bei Abstimmungen über Gesetzesinitiativen sei auch das Ständemehr vorzusehen.

Quelle: BAR, E4110B#1982/163#45*, S. 66 ff.; 6. Sitzung vom 2./4.9.1968 in Flims-Waldhaus, 2. Protokoll.

Art. 32: Weitere Befugnisse [≈ Art. 40 BV-E 1959]

In die Zuständigkeit der Bundesversammlung fallen weiter:

a) Massnahmen zur Wahrung der äusseren Unabhängigkeit, zur Aufrechterhaltung des innern Friedens und zur Durchsetzung der bundesmässigen Verpflichtung der Kantone;

b) die Genehmigung von Staatsverträgen, die neue Verpflichtungen zur Folge haben;

c) die Aufstellung des Voranschlages und die Abnahme der Rechnung;

d) die Oberaufsicht über den Bundesrat, die Bundesverwaltung, den Wirtschafts- und Sozialrat, den Rat für Bildung und Forschung

22 Nationalzeitung vom 8.11.1960, Nr. 520, S. 3.

sowie über den Geschäftsgang des Bundesgerichts, insbesondere die Genehmigung der von diesen Behörden zu erstattenden Geschäftsberichte;

e) die vom Gesetz bezeichneten Verwaltungssachen, insbesondere die Bundesversammlung übertragenen Entscheide in Planungsfragen;

f) die Wahl des Bundespräsidenten, des Vizepräsidenten und der Mitglieder des Bundesrates, die Wahl des Präsidenten, des Vizepräsidenten und der Mitglieder des Bundesgerichtes und des Verfassungsgerichtes sowie die Wahl des Generals und der Verwaltungsdirektoren; die Wahl des Generals und der Verwaltungsdirektoren erfolgt auf Antrag des Bundesrates, die Wahl von Richtern auf Antrag eines gemeinsamen Ausschusses von Nationalrat und Ständerat.

Kommentar gemäss den Kommissionsprotokollen

Harald Huber und Kern begrüssten, die in lit. d vorgesehene Oberaufsicht über den Geschäftsgang des Bundesgerichtes. Gemäss Imboden lässt sich aus der Oberaufsicht des Bundesrates jedoch nicht auch ein Weisungsrecht ableiten. Er war der Meinung, dass Art und Umfang der Oberaufsicht über den Bundesrat in der Bundesverfassung nicht detailliert zu regeln seien.

Wahlen störte sich daran, dass der Bundesrat in einem Zug mit der Bundesverwaltung und den verschiedenen Räten genannt wird. Er würde es vorziehen, wenn nur die «Eidgenössische Verwaltung» erwähnt wird und der Bundesrat gar nicht. Damit war auch Imboden einverstanden.

Quelle: BAR, E4110B#1982/163#45*, S. 69 f.; 6. Sitzung vom 2./4.9.1968 in Flims-Waldhaus, 2. Protokoll.

Art. 33: Hilfsorgane [≈ Art. 42 BV-E 1959]

(1) Für alle wesentlichen Aufgabenbereiche des Bundes sind in beiden Räten ständige Kommissionen zu schaffen.

(2) Die Kommissionen beider Räte sind befugt:

a) Sachverständige beizuziehen,

b) unter Wahrung einer bestehenden Geheimhaltungspflicht Verwaltungsakten einzusehen,

c) Bundesbeamte anzuhören,

d) Berichte des Bundesrates, des Wirtschafts- und Sozialrates sowie des Rates für Bildung und Forschung einzufordern.

(3) Zur Information, zur Vorbereitung von Berichten und zur Durchführung von Erhebungen steht den Mitgliedern der Räte, den Kommissionen und den Fraktionen der Verwaltungsdienst der Bundesversammlung zur Verfügung.

Kommentar gemäss den Kommissionsprotokollen

Wahlen fragte sich, ob die aufgeführten Punkte wirklich alle auf Verfassungsstufe geregelt werden müssen.

Mit der Regelung von lit. c stellte sich die Frage der Entbindung der Beamten von ihrer Geheimhaltungspflicht. Weiter wurde über die Zusammensetzung der verschiedenen Kommissionen diskutiert: wieweit die Kompetenz reicht und welche Beamten man anhören möchte. Imboden war dafür, dass es juristisch klare und saubere Lösungen für die Anhörung von Beamten braucht. Man dürfe nicht auf den Takt und das Fingerspitzengefühl der Beteiligten vertrauen.

Die in lit. d genannten Organe sind diejenigen, welche auch in dieser Verfassung erwähnt sind. Mehrheitlich wurde kein Anlass

gesehen, bei der Einforderung von Berichten auch noch den Bundesrat einzuschalten.

Quelle: BAR, E4110B#1982/163#45*, S. 70 ff.; 6. Sitzung vom 2./4.9.1968 in Flims-Waldhaus, 2. Protokoll.

Art. 34: Sessionen [≈ Art. 43 BV-E 1959]

(1) Zeitpunkt und Dauer der ordentlichen Sessionen der Bundesversammlung werden durch Gesetz bestimmt.

(2) Eine ausserordentliche Sitzung der Bundesversammlung können verlangen: der Bundesrat, die Präsidenten der Räte gemeinsam sowie ein Viertel der Mitglieder des Nationalrates oder des Ständerates.

Kommentar gemäss den Kommissionsprotokollen

Harald Huber war der Meinung, dass Abs. 1 nicht in die Verfassung gehört. Worauf Imboden entgegnete, dass die geltende Bundesverfassung dieselbe Regelung enthielte.

Quelle: BAR, E4110B#1982/163#45*, S. 76; 6. Sitzung vom 2./4.9.1968 in Flims-Waldhaus, 2. Protokoll.

3. Mitwirkung des Volkes

Art. 35: Referendum [≈ Art. 53 BV-E 1959]

(1) Bundesgesetze sind vor ihrem Inkrafttreten dem Volk zur Annahme oder Verwerfung vorzulegen:

a) wenn es innert dreier Monate nach der Veröffentlichung von einem Hundertstel der Aktivbürger durch persönliche oder gemeinschaftliche Erklärung verlangt wird;

b) wenn bei der Schlussabstimmung ein Viertel der Mitglieder des Nationalrates oder des Ständerates eine Volksabstimmung verlangen.

(2) In der Volksabstimmung entscheidet das einfache Mehr der Stimmenden. Handelt es sich um Gesetze, die sich auf Art. 17 dieser Verfassung stützen, so ist zusätzlich das Mehr der Stände erforderlich, es sei denn, das Gesetz werde von drei Fünfteln der Stimmenden angenommen.

(3) Wird eine Vorlage verworfen, ohne dass die verwerfende Mehrheit einen Viertel der Stimmberechtigten erreicht, so kann die Bundesversammlung die einmalige Wiederholung der Abstimmung anordnen.

Kommentar gemäss den Kommissionsprotokollen

Imboden war sich bewusst, dass die Angabe eines Prozentsatzes in lit. a, einer Quote der Aktivbürger, gewisse Unsicherheit mit sich bringen kann. Die Quote bestimmt sich nach dem Ergebnis der Volkszählung. Harald Huber, Hans Huber und Stadler stimmten in ihrer Meinung überein, dass eine absolute Zahl einem Quorum vorzuziehen sei.

Die Regelung in lit. b stiess mehrheitlich auf Ablehnung. Hans Huber befürchtete eine Abwertung der Autorität des Parlamentes. Zudem sei es ein blosses Quorum und kein Minderheitenschutz. Harald Huber ging davon aus, dass bereits bei der Diskussion einer Vorlage mit dem Referendum gedroht werde. Eine solche Vorschrift würde die Vorbereitung noch mehr erschweren, da das Referendum vom Parlament ergriffen werden kann, ohne das Volk und ohne eine gewisse Anzahl Unterschriften.

Auch die Bestimmung über die Wiederholung einer Abstimmung bei erstmaliger Ablehnung in Abs. 3, erhielt kaum Unterstützung.

Die Stimmbeteiligung in der zweiten Runde wäre wohl kaum höher (Hans Huber), obwohl eine gewisse Mindestmehrheit an verwerfenden Stimmen begrüsst wurde (Frl. Meier, Harald Huber).

Im Juni 1960 sprach Imboden in der Nationalzeitung[23] die tiefe Stimmbeteiligung an. Für ihn war sie Ausdruck einer krisenhaften Entwicklung der Referendumsdemokratie. Bei einer wichtigen Verfassungsänderung im Kanton Waadt seien gerade einmal 9.3 Prozent der Stimmberechtigten an die Urne gegangen. In der eidgenössischen Verfassungsabstimmung vom 29.5.1960 nur 39 Prozent der Bürger. Die junge Generation scheine die überkommenen Einrichtungen der Demokratie grundsätzlich in Frage zu stellen. Imboden schlug zur Lösung des Problems drei Varianten vor. Diese drei erläuterte er je in einem der folgenden Artikel in der Nationalzeitung. Es ging dabei um die Vertiefung des Bürgersinns, der Verbreiterung der Demokratie und der demokratischen Selbstdisziplin.

In einem weiteren Artikel der Nationalzeitung[24] machte sich Imboden nochmals Gedanken über den Rückgang der Stimmbeteiligung. Die Zunahme der Anzahl Volksabstimmungen mag eine Rolle spielen. Die Hauptursache sei es wohl kaum. Er beobachtete vielmehr, dass bei *grundsätzlichen* Fragen, welche für jedermann von Interesse sind, die Stimmbeteiligung stieg. Dieser Erkenntnis folgend rief er dazu auf, sich an den Grundfragen der Zeit zu orientieren.

Quelle: BAR, E4110B#1982/163#45*, S. 76 ff.; 6. Sitzung vom 2./4.9.1968 in Flims-Waldhaus, 2. Protokoll.

23 Nationalzeitung vom 17.6.1960, Nr. 276, S. 3.
24 Nationalzeitung vom 5.2.1961, Nr. 59, S. 5.

Art. 36: Ausschluss des Referendums bei Dringlichkeit [≈ Art. 54 BV-E 1959]

(1) Die Bundesversammlung kann ein Gesetz, dessen Anwendung keinen Aufschub erträgt, mit Zustimmung des Bundesrates sofort in Kraft setzen.

(2) Die über ein dringliches Bundesgesetz verlangte Volksabstimmung kann bis auf ein Jahr hinausgeschoben werden.

(3) Wird das Gesetz vom Volke verworfen oder wird es vom Verfassungsgericht als verfassungswidrig bezeichnet, so fällt es zwei Jahre nach seiner Inkraftsetzung dahin.

Kommentar gemäss den Kommissionsprotokollen

Harald Huber begrüsste die Bestimmung in Abs. 1. Er sah darin eine gewisse «Bremse» gegen mögliche Missbräuche. Dringlichkeitsbestimmungen waren nach Wahlen aufgrund der raschen Entwicklung unbedingt notwendig. Im Erfordernis der Zustimmung lag für Imboden ein Ansatz eines Vetorechtes und dies würde zu den Attributen der Exekutive gehören. Im Gegensatz zu den USA sei es bei uns nur ansatzweise vorhanden. Für Kern machte die Regelung in Abs. 1 auch deshalb Sinn, da der Bundesrat für die Vollziehung des Erlasses zuständig sei und am ehesten beurteilen könne, wie gross der Zeitbedarf sei. Für Hans Huber war die Dringlichkeitserklärung lediglich ein geschickter Schachzug, da dadurch das Referendum ausgeschaltet werde. Stadler war gegen die Möglichkeit des Bundesrates die vom Parlament beschlossene Dringlichkeitserklärung verhindern zu können.

Die in Abs. 3 festgelegte Frist von zwei Jahren nach Inkraftsetzung schien Harald Huber als zu lange.

Quelle: BAR, E4110B#1982/163#49*, S. 30 ff.; 7. Sitzung vom 18./20.11.1968 in Basel, 3. Protokoll.

Art. 37: Volksabstimmung über Gesetzes-Initiativen [≈ Art. 55 BV-E 1959]

(1) Will die Bundesversammlung einer von einem Kanton oder von mindestens einem Fünfzigstel der Aktivbürger ausgehenden Gesetzes-Initiative keine Folge geben und wird das Begehren nicht vom Verfassungsgericht als verfassungswidrig bezeichnet, so entscheidet das Volk und Stände, ob die Bundesversammlung unter Vorbehalt des Referendums ein der Initiative entsprechendes Gesetz zu erlassen habe.

(2) Die Bundesversammlung kann die Ablehnung der Initiative beantragen oder ihr einen eigenen Vorschlag gegenüberstellen. Werden Initiative und Gegenvorschlag angenommen, so gibt das grössere Volksmehr den Ausschlag.

(3) Die Initiative bedarf der Gutheissung durch die Mehrheit des Volkes wie durch die Mehrheit der Stände, ein allfälliger Gegenvorschlag nur der Annahme durch das Volk.

Kommentar gemäss den Kommissionsprotokollen

Diesen Artikel muss man mit Art. 31 VE-Imboden 1967 in Beziehung setzen. Da die Gesetzesinitiative gemäss Imbodens Aussagen in der BV-1874 bereits bestand, einfach in Form der Verfassungsinitiative, wollte er sie offen zulassen. Es wäre eine Fiktion, die Gesetzesinitiative weiterhin abzulehnen. In zahlreichen Fällen habe man Änderungen vorgenommen, welche auf Gesetzesstufe gehörten. Realisiert habe man sie jedoch auf dem Wege der Verfassungsinitiative. Nach der damals geltenden Ordnung war kein Gesetz ergangen, ohne dass der Ständerat und somit die Kantone zugestimmt haben. Diese Überlegung veranlasste Imboden zur Bestimmung, bei der Volksabstimmung das Ständemehr zu verlangen. Damit die Stände sich nach wie vor zur Initiative äussern

können, hat er in Abs. 3 bei der Volksabstimmung das Ständemehr vorgesehen.

Aus Abs. 2 geht hervor, dass ein Gegenvorschlag schon im Vorverfahren ausgearbeitet werden kann. Werden in der Abstimmung beide angenommen, dann ist das grössere Volksmehr ausschlaggebend. Dabei handelt es sich um das System der Simultanabstimmung. Harald Huber empfand Imbodens Lösung als originell und konsequent. Er votierte lediglich dafür die formulierte Gesetzesinitiative zuzulassen.

Hans Huber beurteilte das System nur auf den ersten Blick als genial. Er gab zu bedenken, dass verschiedene Motive für die Stimmabgabe massgebend sein könnten. Ferner befürchtete er, dass eigentliche Verfassungsfragen zum Gegenstand der Gesetzesinitiative gemacht werden. Ein Verfassungsgericht müsste hier die notwendige Korrektur garantieren.

Quelle: BAR, E4110B#1982/163#49*, S. 34 ff.; 7. Sitzung vom 18./20.11.1968 in Basel, 3. Protokoll.

4. Bundesrat

Art. 38: Zusammensetzung und Wahl [≈ Art. 45 BV-E 1959]

(1) Der Bundesrat besteht aus sieben Mitgliedern.

(2) Es werden gewählt:

a) die Mitglieder des Bundesrates nach jeder Gesamterneuerung des Nationalrates auf vier Jahre; niemand darf ohne Unterbruch länger als zwölf Jahre dem Bundesrat angehören;

b) der Bundespräsident und der Vizepräsident des Bundesrates aus den Mitgliedern des Bundesrates auf zwei Jahre; niemand darf ohne Unterbruch länger als zwei Jahre das Amt des Bundespräsidenten ausüben; der Vizepräsident ist ohne Beschränkung wieder wählbar.

(3) Scheidet ein Mitglied des Bundesrates durch Tod oder Rücktritt aus, so ist der Bundesrat als Ganzes neu zu wählen.

Kommentar gemäss den Kommissionsprotokollen

Imboden hält in seinem Verfassungsentwurf am Bestand von sieben Bundesräten fest. Er hat jedoch eine Vorliebe für einen Präsidenten ohne «Portefeuille». In der Stadt Zürich habe sich die Konzeption bewährt. Ferner habe er in Schweden feststellen können, dass dieses System grosse Vorteile aufweist. Darüber hinaus machte er darauf aufmerksam, dass die in diesem Artikel skizzierte Idee im Zusammenhang mit der Einführung von Verwaltungsdirektoren zu sehen sei. Diese hätten eine Vorbereitungsfunktion zu erfüllen. Die Schwierigkeiten, welche sich bei der Schaffung eines Präsidialdepartementes und der Beibehaltung von sieben Bundesräten ergäben, liessen sich durch die Einführung von Staatssekretären mindern.

Die Idee des Präsidialdepartementes und der Amtszeitbeschränkung stiess mehrheitlich auf Ablehnung. Einige Mitglieder der Arbeitsgruppe kritisierten, dass es insbesondere bei einer allfälligen Amtszeitbeschränkung schwierig sein könnte, jüngere Kräfte zu finden. Wahlen rief in der Diskussion in Erinnerung, dass seines Wissens die zwölfjährige Amtszeit in den letzten Jahren (Stand: 1968) nur zweimal überschritten worden sei, nämlich von den Herren Etter und Petitpierre.

Im Falle einer Amtszeitbeschränkung würde Imboden dafür eintreten, dass den Bundesräten nach Ablauf der Amtszeit ein Ruhegehalt zusteht.

Wahlen fragte sich, worin das Hauptmotiv von Abs. 3 besteht. Nebst der Stärkung des Kollegialgedankens ging es Imboden vor allem darum, in Bezug auf die Wahl der Exekutive grössere Freiheiten zu gewähren. Er war sich jedoch der Fragwürdigkeit der Lösung durchaus bewusst. Auch Harald Huber erachtete die in

Abs. 3 vorgesehene Neuwahl des Bundesrates als Ganzes als eher bedenklich und befürchtete einschneidende Konsequenzen.

Quelle: BAR, E4110B#1982/163#49*, S. 38 ff.; 7. Sitzung vom 18./20.11.1968 in Basel, 3. Protokoll.

Art. 39: Aufgaben des Bundesrats [≈ Art. 46 BV-E 1959]

Dem Bundesrat obliegt:

a) die eidgenössischen Angelegenheiten gemäss Verfassung und Gesetz zu leiten;

b) die Bundesgesetze, Bundebeschlüsse und die Urteile des Bundesgerichts zu vollziehen, insbesondere Vollziehungsverordnungen zu Bundesgesetzen zu erlassen;

c) den Bund nach aussen und gegenüber den Kantonen zu vertreten;

d) solange die Bundesversammlung nicht zu handeln vermag, die zur Wahrung der äusseren Unabhängigkeit, zur Aufrechterhaltung des inneren Frieden und zur Durchsetzung der bundesmässigen Verpflichtungen der Kantone erforderlichen Massnahmen zu treffen;

e) der Bundesversammlung Anträge zu stellen, namentlich Gesetzes-Entwürfe vorzulegen und die auf Grund von Gesetzes-Initiativen erhaltenen Aufträge zu erfüllen;

f) der Bundesverwaltung im Rahmen von Gesetzen und Verordnungen Weisungen zu erteilen und die Verwaltung zu überwachen;

g) soweit nicht das Bundesgericht zuständig ist, alle Verfügungen der Verwaltungs-Direktionen auf Beschwerde hin zu überprüfen.

Kommentar gemäss den Kommissionsprotokollen

Bei diesem Artikel handelt es sich um eine technische Aufzählung der Aufgaben des Bundesrates: um Parallelkompetenzen der Exekutive und der Legislative. Die gleiche Ordnung bestand bereits in der damals geltenden Bundesverfassung, einfach unübersichtlicher.

Quelle: BAR, E4110B#1982/163#49*, S. 43 ff.; 7. Sitzung vom 18./20.11.1968 in Basel, 3. Protokoll.

Art. 40: Hilfsorgane des Bundesrates [Gewisse Entsprechung in Art. 47 BV-E 1959]

(1) Dem Bundesrat unterstehen der Bundeskanzler und der Justizkanzler.

(2) Der Bundeskanzler sorgt für die Zusammenarbeit aller Zweige der Bundesverwaltung.

(3) Der Justizkanzler wacht über die Verfassungsmässigkeit und die Gesetzesmässigkeit der Verwaltung. Seine Berichte sind dem Bundesrat sowie dem Präsidenten des Nationalrates und des Ständerates mitzuteilen.

(4) Bundeskanzler und Justizkanzler nehmen mit beratender Stimme an den Sitzungen des Bundesrates teil; sie haben die gleiche Stellung wie die Direktoren der Bundesverwaltung (Staatssekretäre).

Kommentar gemäss den Kommissionsprotokollen

In Abs. 2 wird die Hauptfunktion des Bundeskanzlers knapp skizziert.

Es war Imbodens Versuch die Idee des Ombudsmannes gedanklich zu verwirklichen. Der Justizkanzler wäre dem Bundesrat zu-

geordnet, da er bei der Änderung von Verordnungen und Dienstanweisungen zu konsultieren wäre. Ein enger Kontakt zwischen ihm und der Exekutive sei daher nötig. Seine Funktion bestünde bspw. in der Überprüfung nichtbeschwerdefähiger Streitfälle. Zudem nähme er auch an den Bundesratssitzungen teil, aber nur in rein beratender Funktion. Eine Mehrheit der Mitglieder der Arbeitsgruppe sprach sich dafür aus, dass der Justizkanzler nur in besonderen Fällen zu den Sitzungen heranzuziehen sei.

Ziel seiner Tätigkeit solle sein, Mängel aufzudecken und Verbesserungen vorzuschlagen. Hans Huber gab zu bedenken, dass man vom Justizkanzler nicht verlangen könne, in allen Verfassungs- und sämtlichen Rechtsfragen als Fachmann Stellung zu nehmen.

Gewählt würden die Justizkanzler nach Imbodens Vorstellung auf Antrag des Bundesrates durch die Bundesversammlung.

Harald Huber interessierte sich für Funktion und Kompetenzen des Justizkanzlers im Verhältnis zur Verwaltungs- und einer allfälligen Verfassungsgerichtsbarkeit. Aufgrund der Formulierung in Abs. 3 könnte man annehmen, dass sich die Tätigkeit des Justizkanzlers auch auf diese Bereiche erstreckt. In diesen zwei Gebieten hätte nach Imboden der Richter zu entscheiden, der Justizkanzler dürfe sich nicht einschalten. Für ihn hätte der Justizkanzler bei nichtbeschwerdefähigen Streitfällen eine wichtige Funktion. Eine weitere Aufgabe würde darin bestehen den Bürger zu belehren, ob ihm der Rechtsweg offen stehe. Im Verlaufe der Diskussion konnte Stadler Imboden (und auch die übrigen Arbeitsgruppenmitglieder) davon überzeugen, dass es zweckmässiger wäre, die Berichte des Justizkanzlers nur dem Bundesrat mitzuteilen. Wahlen stimmte diesem Vorschlag mit dem Hinweis auf die grosse Arbeitsbelastung der Ratspräsidenten zu.

Wahlen gefiel die von Imboden ausgestaltete Funktion des Justizkanzlers. Er sah darin eine Vorstufe zur Verfassungsgerichtsbarkeit. Seine Tätigkeit könnte dazu beitragen, dass die Gerichtsbarkeit nicht in Anspruch genommen werde. Weniger befriedigt zeigte er sich von dessen Gleichstellung mit dem Bundeskanzler und

den Verwaltungsdirektoren, wie sie in Abs. 4 vorgesehen ist. Für ihn sollte sich die Position des Bundeskanzlers abheben und die Stellung eines echten Magistraten haben. Crespi wünschte sich die Einführung der Institution des Justizkanzlers. Er berichtete, dass sie im Kanton Tessin, wo er nach eigenen Aussagen diese Funktion ausübte, gute Erfahrungen gemacht haben. Zudem befürwortete er die Teilnahme an den Bundesratssitzungen. Es sei ein Fehler, dass er, Crespi, nicht an den Sitzungen dabei sei.

Quelle: BAR, E4110B#1982/163#49*, S. 47 ff.; 7. Sitzung vom 18./20.11.1968 in Basel, 3. Protokoll.

Art. 41: Organisation der Verwaltung [keine Entsprechung im BV-E 1959]

(1) Die Bundesverwaltung ist gemäss Gesetz in Verwaltungs-Direktionen und in selbständige Anstalten gegliedert.

(2) Den Verwaltungs-Direktionen stehen die von der Bundesverwaltung gewählten Direktoren (Staatssekretäre) vor.

(3) Die Organisation der selbstständigen Anstalten wird durch Gesetz bestimmt; der Bundesrat wählt die leitenden Behörden.

(4) Für die Erfüllung zeitlich beschränkter Verwaltungsaufgaben sowie für Beratungsaufgaben kann die Bundesversammlung besondere Delegierte wählen; sie haben die gleiche Stellung wie die Direktoren der Bundesverwaltung (Staatssekretäre).

Kommentar gemäss den Kommissionsprotokollen

Durch die Schaffung der Verwaltungsdirektoren würde die Arbeit des Bundesrates viel stärker auf die politische Ebene gelegt. Er würde von rein administrativen Tätigkeiten entlastet werden. Wahlen befürchtete, dass dadurch die Verwaltung zu mächtig werden

könnte. Bereits heute sei im Volke der Eindruck da, dass der Bundesrat zuweilen im luftleeren Raum handle. Wenn nun noch die Verwaltungsdirektoren zwischen dem Bundesrat und dem Parlament stünden, könnte dieses Gefühl verstärkt werden.

Für Imboden bewährte sich die heutige Doppelstellung des Bundesrates nicht. Der Bundesrat sei gleichzeitig an der Spitze der Politik und sollte zudem auch die Leitung der Administration innehaben. Seiner Ansicht nach müsste man den Bundesrat ein wenig von der Verwaltung abheben. Wenn zwischen dem Bundesrat und der Verwaltung Verwaltungsdirektoren, bzw. Staatssekretäre zwischengeschaltet wären, könne der Bundesrat sich auf die Aufsicht beschränken. Wahlen war überzeugt, dass Imbodens Lösung dazu führen würde, dass sich die Parlamentarier mit Einzelfragen vermehrt an die Staatssekretäre wenden würden, was zu einer grösseren Trennung und Verselbständigung der Verwaltung führte.

Im Falle der Schaffung eines Präsidialdepartementes liessen sich die Schwierigkeiten, welche dabei auftreten würden, durch die Einführung von Staatssekretären mindern. Imboden führte dazu aus, dass die Zahl der Verwaltungsdirektoren wesentlich grösser wäre als die Zahl der Departemente. Es wäre problemlos möglich, eine Vielzahl von Direktoren in einer nützlichen Weise den einzelnen Departementen zuzuteilen.

Imboden versuchte in dieser Bestimmung die Grundtypen der Verwaltungseinheit zu charakterisieren. Für Diskussion sorgte die Zuständigkeit der Wahl der Direktoren. Man fürchtete die «Verpolitisierung», sowohl bei der Wahl durch den Bundesrat als auch durch die Bundesversammlung.

Quellen: BAR, E4110B#1982/163#41*, S. 61 f.; 4. Sitzung vom 25./27.1.1968 in Locarno, 3. Protokoll.

BAR, E4110B#1982/163#49*, S. 39 und 52; 7. Sitzung vom 18./20.11.1968 in Basel, 3. Protokoll.

Art. 42: Verhältnis von Bundesrat und Bundesverwaltung [keine Entsprechung im BV-E 1959]

(1) Jedes Mitglied des Bundesrates, ausgenommen der Bundespräsident, leitet eine oder mehrere Verwaltungsdirektionen. Die Zuteilung erfolgt durch den Bundesrat. In gleicher Weise wird die Vorbereitung der vom Bundesrat zu erledigenden Angelegenheiten selbständiger Anstalten einzelnen Mitgliedern des Bundesrates zugewiesen.

(2) Der Bundespräsident sichert mit Hilfe des Bundeskanzlers die Zusammenarbeit der gesamten Bundesverwaltung.

(3) Der Vizepräsident des Bundesrates leitet die Direktion oder die Direktionen, die die auswärtigen Angelegenheiten behandeln.

<u>Kommentar gemäss den Kommissionsprotokollen</u>

Zu Beginn seiner Erläuterungen betonte Imboden, dass er sich der Fragwürdigkeit des Artikels bewusst sei. In Abs. 1 wird eine abweichende Struktur der Verwaltung dargelegt. Der zweite Absatz skizziert die Freistellung des Bundespräsidenten von der Leitung einer oder mehrerer Verwaltungsdirektionen und abschliessend wird die Stellung des Vizepräsidenten als Leiter der auswärtigen Angelegenheiten festgelegt. Mit der Regelung in Abs. 3 ging es Imboden darum, die Stellung desjenigen aufzuwerten, welcher die Aussenbeziehungen betreut.

Die besondere Stellung des Vizepräsidenten zeigt sich auch darin, dass er gemäss Art. 38 Abs. 2 lit. b VE-Imboden 1967 ohne Amtszeitbeschränkung wieder gewählt werden kann.

Quelle: BAR, E4110B#1982/163#49*, S. 53; 7. Sitzung vom 18./20.11.1968 in Basel, 3. Protokoll.

5. Bundesgericht

Art. 43: Zusammensetzung und Wahl [≈ Art. 49 und Art. 50 BV-E 1959]

(1) Die Zahl der Bundesrichter wird vom Gesetz festgelegt.

(2) Die Bundesrichter werden von der Bundesversammlung bis zur Erreichung der vom Gesetz zu bezeichnenden Altersgrenze auf jeweils acht Jahr gewählt.

Kommentar gemäss den Kommissionsprotokollen

Je mehr man die Amtsdauer erstreckt, desto akuter wird die Frage einer allfälligen Altersgrenze. Diese Überlegung veranlasste Imboden zur Redaktion von Abs. 2.

Harald Huber, selbst Bundesrichter, berichtete in der Sitzung, dass bereits einmal die Absicht bestanden habe, auf Gesetzesstufe eine Altersgrenze für die Bundesrichter vorzusehen. Man habe darauf verzichtet, und stattdessen eine Art «gentlemen's agreement» zwischen dem Bundesgericht und dem Parlament abgeschlossen, wonach die Herren Bundesrichter mit 70 Jahren zurücktreten. Weiter gab er zu bedenken, dass die Bundesrichter die verbindliche Fixierung einer Altersgrenze nicht besonders gerne sähen.

Quelle: BAR, E4110B#1982/163#49*, S. 54.; 7. Sitzung vom 18./20.11.1968 in Basel, 3. Protokoll.

Art. 44: Aufgaben [≈ Art. 48 und Art. 51 BV-E 1959]

(1) Das Bundesgericht übt die gesamte Rechtspflege aus, die in den Bereich des Bundes fällt.

(2) Es beurteilt:

a) gegenüber Bundesbehörden die Rechtmässigkeit aller Verfügungen und die rechtliche Begründetheit aller erhobenen Ansprüche;

b) gegenüber den kantonalen Gerichten die Übereinstimmung aller Urteile mit dem Bundesrecht und mit den kantonalen Verfassungen; Urteile über vermögensrechtliche Streitigkeiten mit geringem Streitwert und ohne grundsätzliche Bedeutung können durch Bundesgesetz der Nachprüfung durch das Bundesgericht entzogen werden.

Kommentar gemäss den Kommissionsprotokollen

Dieser Artikel bestimmt die eigentliche Struktur des Bundesgerichtes. Es soll wenn immer möglich an den Entscheid der Vorinstanz anknüpfen, d.h. als Rechtsmittelinstanz tätig sein. Imboden war ein Anhänger des Systems, welches dem Bürger einen Anspruch auf zwei nachgeordnete Instanzen zugesteht. Abs. 1 bestimmt, dass nur Entscheide, die bis anhin beim Bundesrat lagen, vom Bundesgericht gefällt werden sollen. Kern gab zu bedenken, dass es Fälle gäbe, bei denen es um die äussere und innere Sicherheit der Eidgenossenschaft gehe. Seiner Meinung nach wäre es zweckmässig, dass in diesem Bereich ausschliesslich der Bundesrat in letzter Instanz zuständig sei. Politische Überlegungen und Erfahrungen des Bundesrates aufgrund seiner Funktion sollten den Rechtsschutzgedanken überwiegen. Hans Huber wandte ein, dass man dem Bundesgericht im Vergleich zum Status quo etwas entzöge, erklärte man den Bundesrat in diesem Gebiet alleine für zuständig.

Quelle: BAR, E4110B#1982/163#49*, S. 54 ff.; 7. Sitzung vom 18./20.11.1968 in Basel, 3. Protokoll.

Art. 45: Verfassungsgericht [≈ Art. 52 BV-E 1959]

(1) Das Verfassungsgericht besteht aus elf Mitgliedern, von denen sechs Bundesrichter und fünf Rechtslehrer an schweizerischen Hochschulen sind.

(2) Die Mitglieder des Verfassungsgerichtes werden in gleicher Weise gewählt wie die Bundesrichter.

(3) Das Verfassungsgericht beurteilt:

a) die Übereinstimmung der von den kantonalen Gerichten gemäss Art. 11 Abs. 4 dieser Verfassung gefällten Urteile mit dem Bundesrecht und mit der Kantonsverfassung;

b) die Übereinstimmung der Kantonsverfassungen, der Vereinbarungen zwischen den Kantonen und der kantonalen Gesetze mit dem Bundesrecht und dem kantonalen Verfassungsrecht;

c) staatrechtliche Streitigkeiten zwischen Bund und Kanton und zwischen Kantonen;

d) Kompetenzkonflikte zwischen Bundesbehörden;

e) die Rechtmässigkeit von Bundesgesetzen, von Staatsverträgen des Bunds, von Bundesbeschlüssen sowie von Verordnungen des Bunds; Bundesgesetze können nur innert eines Monats seit Beginn der Referendumsfrist, Staatsverträge nur bis zur Genehmigung durch die Bundesversammlung überprüft werden;

f) Streitigkeiten über die Ausübung der Volksrechte im Bund, insbesondere über die Gültigkeit von eidgenössischen Wahlen und Abstimmungen.

(4) Urteilt das Verfassungsgericht über einen Erlass der Bundesversammlung, über einen Staatsvertrag oder über einen Beschluss des

Volkes in Bund und Kantonen, so hat es als Gesamtbehörde zu entscheiden.

Kommentar gemäss den Kommissionsprotokollen

Imboden setzt das Vorhandensein kantonaler Verfassungsgerichte voraus (Art. 11 Abs. 4 VE-Imboden 1967). Im Entwurf für einen vereinigten Kanton Basel ist erstmals ein kantonales Verfassungsgericht vorgesehen.

Imboden wies darauf hin, dass das Problem der Verfassungsgerichtsbarkeit nicht nur auf die Frage der Überprüfung von Bundesgesetzen reduziert werden soll. Auch wenn es stimmt, dass die Thematik, sowie die Überprüfung von Staatsverträgen, zu den meisten Meinungsverschiedenheiten führte. Bei den übrigen Aspekten handelte es sich um die Übertragung von bereits bestehenden Kompetenzen auf ein Verfassungsgericht.

Wahlen war mit Abs. 1 ganz und gar nicht einverstanden. Dies käme einer Beschränkung der Auswahl gleich und wäre politisch kaum möglich. Hans Huber stimmte dieser Meinung zu. Imboden war sich bei der Redaktion dieses Absatzes bewusst, dass diese Bestimmung nicht ernst zu nehmen sei. Er wollte nur zum Ausdruck bringen, dass er eine besondere Zusammensetzung für die spezielle Funktion des Gerichtes anstrebte.

Zum Thema «Verfassungsgerichtsbarkeit» hielten Imboden und (Bundesrichter) Harald Huber je ein Referat. Max Imboden als Befürworter und Huber als Gegner.

In der achten Sitzung der Arbeitsgruppe erläuterte Imboden seine These. Wird ein besonderes Verfahren der Verfassungsgerichtsbarkeit geschaffen, so können in diesem, so Imboden, immer nur ganz bestimmte qualifizierte Fälle einbezogen werden. In seiner täglichen Arbeit müsse der Richter jedoch immer wieder auf die Verfassung zurückgreifen. Dies werde als «implizierte Verfassungsgerichtsbarkeit» bezeichnet. Im Bereich der Verwal-

tungsgerichtsbarkeit solle die implizierte Verfassungsgerichtsbarkeit die Regel sein. Damit in jedem Fall die Verwaltungsgerichtsbeschwerde ans Bundesgericht möglich ist, sprach er sich für eine Ausweitung der Verwaltungsgerichtsbarkeit aus. Daneben gäbe es die Verfassungsgerichtsbarkeit im qualifizierten Verfahren.

Imboden unterscheidet dabei drei Kategorien. Die eine Kategorie ist diejenige, bei welcher bereits eine Überwachung und Kontrolle durch das Bundesgericht vorhanden ist. Ferner Fälle, die in die Zuständigkeit der Bundesversammlung fallen. Bei diesen müsse man es sich seiner Meinung nach überlegen, ob sie nicht ans Bundesgericht oder allenfalls an ein neu zu schaffendes Verfassungsgericht überwiesen werden sollten. Bei der dritten Kategorie geht es um die Hauptfrage einer Ausdehnung der Verfassungsgerichtsbarkeit. Imboden sprach die Schaffung neuer Möglichkeiten der Verfassungskontrolle an. Er warf die Frage auf, ob die Bundesversammlung einer richterlichen Kontrolle unterworfen werden solle oder nicht. In diesem Zusammenhang müsse geprüft werden, ob Bundesgesetze einer richterlichen Überprüfung unterstellt werden sollen.

Auch bei der Organisation der Verfassungsgerichtsbarkeit hatte Imboden klare Vorstellungen. Wichtig war ihm, dass die Überprüfung möglichst konzentriert erfolgen soll. Die Verfassungsgerichtsbarkeit sei beim Bundesgericht zu bündeln. Ausgeübt werden soll sie nur durch Bundesrichter. Das Prinzip der Konstanz war für ihn massgebend. Die gewählten Richter sollen durch keine Stellvertreter ersetzt werden. Eine Variante würde darin bestehen, dass neben den Bundesrichtern auch aussenstehende Juristen beigezogen werden, wobei die Bundesrichter zahlenmässig überwiegen würden.

Harald Huber erläuterte in derselben Sitzung seine Sicht auf die Verfassungsgerichtsbarkeit. Seine Hauptfrage war das Problem der Ausdehnung der Verfassungsgerichtsbarkeit, insbesondere auf Bundesgesetze. Die eigentliche Streitfrage liege darin, ob der Gesetzgeber der Verfassungsgerichtsbarkeit unterstellt werden solle

oder nicht. Der Status quo habe sich seiner Auffassung nach im Grossen und Ganzen bewährt. Die Fälle, in denen das Fehlen einer Verfassungsgerichtsbarkeit, speziell die Überprüfung von Bundesgesetzen, als Mangel empfunden werde, seien äusserst spärlich.

Er gab zu bedenken, dass es viel schwieriger sei, nachträglich eine richterliche Überprüfung der Bundesgesetze etc. einzuführen als dies noch 1848 oder 1874 der Fall gewesen wäre. Zudem wäre die Bestellung der Richter politischen Einflüssen unterworfen.

Am 29. Mai 1960 schrieb Max Imboden in seiner Kolumne «Publius» in der Nationalzeitung[25], dass nur das Bundesgericht Hüterin des eidgenössischen Verfassungsrechtes sein könne. In seiner Kolumne zum Thema «Gesetzesinitiative» wiederholte er einmal mehr die Forderung nach der Überprüfbarkeit der Zulässigkeit eines Volksbegehrens durch das Bundesgericht.

Im Jahre 1962 veröffentlichte Imboden einen Aufsatz zur «Verfassungsgerichtsbarkeit in der Schweiz»[26]. Nach einer Gesamtbeurteilung der schweizerischen Verfassungsgerichtsbarkeit formulierte er abschliessend seine Vorschläge zur Verbesserung des seiner Meinung nach lückenhaften Systems. In seinen Augen liegt der fundamentale Mangel darin, dass Hoheitsakte des Bundes nicht der Verfassungsbeschwerde unterliegen. Die Lösung liege im Ausbau der Verwaltungsgerichtsbarkeit im Bund und der Zulassung der Verfassungsbeschwerde gegenüber Verordnungen des Bundes. Imboden schloss mit der Forderung nach der Überprüfbarkeit aller Entscheidungen über die Zulässigkeit von Volksbegehren durch den Verfassungsrichter.

Quelle: BAR, E4110B#1982/163#51*, S. 9 ff. und 15 ff.; 8. Sitzung vom 27./28.1.1969 in Solothurn, 2. Protokoll.

25 Nationalzeitung vom 29.5.1960, Nr. 244, S. 5.
26 Verfassungsgerichtsbarkeit der Schweiz, in: Max Imboden, Staat und Recht, Basel, 1968, S. 257.

6. Andere Bundesbehörden

Art. 46: Wirtschafts- und Sozialrat [keine Entsprechung im BV-E 1959]

(1) Der Wirtschafts- und Sozialrat berät die Bundesbehörden in allen wirtschaftlichen und sozialen Fragen von allgemeiner Bedeutung. Er prüft insbesondere alle Entwürfe zu Wirtschafts- und Sozialgesetzen des Bundes.

(2) Die Hälfte der Mitglieder wird nach Massgabe des Gesetzes von den wirtschaftlichen und sozialen Organisationen des Landes bezeichnet; die andere Hälfte wird vom Bundesrat gewählt.

Gemeinsame Bemerkungen zu Art. 46–48

Bei diesen Räten handelt es sich um konsultative Gremien, nicht um weitere Kammern des Parlamentes. Mit der Einsetzung der genannten Räte liessen sich bestimmte Ziele verfolgen: die Integration einer «apolitischen Elite», die Gewährleistung einer sachgemässen Beratung, sowie den Ersatz oder zumindest Teilersatz des, Imbodens Meinung nach, unbefriedigenden Vernehmlassungsverfahrens.

Quelle: BAR, E4110B#1982/163#49*, S. 59; 7. Sitzung vom 18./20.11.1968 in Basel, 3. Protokoll.

Kommentar zu Art. 46 gemäss den Kommissionsprotokollen

Beim Wirtschafts- und Sozialrat handelt es sich nach Wahlen um ein ausgesprochenes Hilfsorgan der Bundesbehörden, um ein Gremium mit rein beratender Funktion. Daher fragte er sich, ob die Überschrift «andere Bundesbehörden» richtig sei.

Harald Huber sah gewisse Vorteile bei diesem Rat, er gab jedoch zu bedenken, dass er die Gesetzgebung stärker präjudizieren könnte,

als dies durch das Vernehmlassungsverfahren damals geschah. Ein starkes Gremium könnte sogar den Bundesrat an die Wand spielen. Dies befürchtete auch Stadler. Imboden konnte diesen Einwand mit seinen diesbezüglich guten Erfahrungen aus dem Wissenschaftsrat zerstreuen. Hans Huber und Wahlen befürworteten das «Experiment» eines solchen Rates. Letzterem war es ein Anliegen, dass es im Rat eine Garantie für die angemessene Vertretung der verschiedenen Sprachen gab.

Hans Huber und Harald Huber berichteten, dass sie bei den Studenten gegenüber dem Ständerat in seiner damaligen Form eine ausgesprochene Abneigung feststellten. Dennoch hielt Hans Huber es für unmöglich den Ständerat durch diesen Rat zu ersetzen. Sonderinteressen und wirtschaftliche Macht sollten nicht bestimmend sein, sondern Fachwissen und Interessen der Gemeinschaft.

Auch die Frage der Wahl in Abs. 2 wurde kontrovers diskutiert. Imboden hatte eine gewisse Vorliebe für den von Kern geäusserten Vorschlag. Nach diesem sollte die Hälfte der Mitglieder durch die wirtschaftlichen und sozialen Organisationen vorgeschlagen und durch den Bundesrat gewählt werden. Imboden zog ein geringeres Vorschlagsrecht der Verbände vor, da diese seiner Erfahrungen nach zuweilen unbefriedigende Empfehlungen machten.

Quelle: BAR, E4110B#1982/163#49*, S. 59 ff.; 7. Sitzung vom 18./20.11.1968 in Basel, 3. Protokoll.

Art. 47: Rat für Bildung und Forschung [keine Entsprechung im BV-E 1959]

(1) Der Rat für Bildung und Forschung ist das beratende Organ des Bundes in allen allgemeinen Fragen der Ausbildung, der Forschung, der Wissenschaft und der Kultur.

(2) Wahlbehörde ist der Bundesrat. Das Gesetz bestimmt die Zusammensetzung des Rates und das Vorschlagsecht bei der Wahl seiner Mitglieder.

Kommentar zu Art. 47 gemäss den Kommissionsprotokollen[27]

Mit dem Rat für Bildung und Forschung möchte Imboden ein einziges übergeordnetes Organ mit zweckmässiger Struktur schaffen. Dieses hätte eine integrierende Wirkung, denn es würde sich mit wichtigen Fragen der Ausbildung, Forschung, Wissenschaft und Kultur beschäftigen. Momentan gäbe es in diesen Bereichen viele Organe, welche sich in Struktur und Aufgaben überschneiden, da sie schlecht voneinander abgegrenzt seien.

Angesichts der lebhaften Diskussion zu Art. 46 gab es zu diesem Artikel keine besonderen Bemerkungen.

Quelle: BAR, E4110B#1982/163#49*, S. 59 ff.; 7. Sitzung vom 18./20.11.1968 in Basel, 3. Protokoll.

Art. 48: Gemeinsame Vorschriften [keine Entsprechung im BV-E 1959]

(1) Beide Räte bestehen aus höchstens fünfzig Mitgliedern. Sie stehen, wenn sie als Gesamtbehörde tagen, unter dem Vorsitz eines Mitliedes des Bundesrates.

(2) Die Mitglieder werden auf jeweils vier Jahre gewählt, oder bestellt.

(3) Die in der Sache zuständigen Direktoren der Bundesverwaltung und Leiter selbständiger Anstalten sowie die weiteren vom Gesetz bezeichneten Vertreter der Verwaltung haben in beiden Räten beratende Stimme.

27 Siehe auch die gemeinsamen Bemerkungen zu Art. 46–48, S. 192.

(4) Nach Massgabe eines selbst erlassenen und vom Bundesrat zu genehmigenden Reglementes gliedern sich die Räte in Abteilungen. Die Abteilungen haben die Aufgabe, die Empfehlungen des Rates vorzubereiten.

Kommentar zu Art. 48 gemäss den Kommissionsprotokollen[28]

Keine besonderen Bemerkungen.

Quelle: BAR, E4110B#1982/163#49*, S. 65.; 7. Sitzung vom 18./20.11.1968 in Basel, 3. Protokoll.

Fünfter Abschnitt: Revision der Verfassung

Art. 49: Voraussetzungen [≈ Art. 57 und Art. 60 BV-E 1959]

(1) Die Bundesverfassung kann jederzeit als Ganzes oder in einzelnen Teilen revidiert werden.

(2) Durch Verfassungsrevision kann die freiheitliche, die demokratische und die bundesstaatliche Gestalt der Eidgenossenschaft nicht geändert werden.

(3) Es können nur Vorschriften in die Verfassung aufgenommen werden, die sich auf die Grundordnung der Eidgenossenschaft beziehen und deren zeitliche Geltung nicht beschränkt ist.

(4) Die revidierte Bundesverfassung oder der revidierte Teil der Verfassung treten in Kraft, wenn sie angenommen worden sind; von der Mehrheit der stimmenden Aktivbürger, die zugleich mindestens einem Viertel der Stimmberechtigten entspricht, sowie von der Mehrheit der Stände. Die Kantone sind befugt, den Aktivbürgern die Annahme oder Verwerfung der Vorlage zu empfehlen.

28 Siehe auch die gemeinsamen Bemerkungen zu Art. 46-48, S. 192.

Kommentar gemäss den Kommissionsprotokollen

Mit der Vorschrift in Abs. 2 legte Imboden fest, dass gewisse Grundsätze nicht geändert werden können. Er kodifizierte in diesem Absatz die herrschende Lehre, welche jedoch nicht unbestritten war. Für ihn hatte diese Bestimmung ihre Berechtigung und sie sei in rechtlicher und praktischer Sicht von Bedeutung. Er verwies darüber hinaus auf ausländische Verfassungen, welche zum Teil Inflexibilitätsbestimmungen aufwiesen, welche viel weiter gespannt seien als Abs. 2. Harald Huber hielt den Schutz gewisser verfassungsrechtlicher Grundsätze für ein Zeichen der Schwäche. In seinen Augen schien es ein Unding zu sein, einige Verfassungsgrundsätze der Revidierbarkeit zu entziehen. Eine derartige Schranke könnte nicht verhindern, ein erstrebtes Ziel auch auf ausserrechtlichem Weg zu erreichen. Die Aufgabe jeder Generation sei es, der Verfassung den Inhalt zu geben von dessen Richtigkeit sie überzeugt sei. Huber und Stadler waren sich in ihren Meinungen einig, dass es ausserordentlich schwer wäre zu entscheiden, wann überhaupt die freiheitliche und demokratische Gestalt tangiert oder gefährdet wäre.

Hans Huber gab zu bedenken, dass innerhalb gewisser Schranken ungeheuer viele Revisionsmöglichkeiten, Möglichkeiten der Änderung der bestehenden Ordnung, vorhanden sind. Für ihn stand fest, dass es der jeweils lebenden Generation nicht zusteht, schrankenlos sämtliche Grundwerte anzutasten.

In Abs. 3 wollte Imboden das Problem des verfassungswesentlichen Inhaltes zur Diskussion stellen. Er war sich der Fragwürdigkeit der Bestimmung bewusst. Im Einzelfall zu bestimmen, was sich auf die Grundordnung bezieht, und was nicht, wäre eine schwierige Auslegungsfrage, so Harald Huber. Auch Hans Huber stellte die Zweckmässigkeit der Regelung in Frage. Es liege in der Natur der Sache, dass es immer wieder verfassungsmässig verankerte Lösungen und Interessen gäbe, welche nicht auf Verfassungsebene gehörten.

Abs. 4 ist Imbodens Versuch eine Aufwertung der Standesstimmen zu verwirklichen. Das Mindestquorum hat für ihn durchaus seine Berechtigung. Denn es ist seiner Meinung nach Unsinn, wenn eine Verfassungsänderung nur von einem kleinen Teil der Stimmberechtigten angenommen bzw. abgelehnt wird. Harald Huber äusserte grosse Bedenken bezüglich dieser Regelung, auch wenn er die Idee durchaus nachvollziehen konnte. Imboden würde indirekt eine zu grosse Stimmbeteiligung voraussetzen. Hans Huber unterstützte die Idee wonach mit dem «doppelten Mehr» ein Zufallsmehr ausgeschaltet werden sollte. Ob sie allerdings auch zweckmässig wäre, bezweifelte er.

Quelle: BAR, E4110B#1982/163#49*, S. 65 ff.; 7. Sitzung vom 18./20.11.1968 in Basel, 3. Protokoll.

Art. 50: Teilrevision [≈ Art. 58 BV-E 1959]

(1) Der Vorschlag für eine Teilrevision der Verfassung ist auf dem Wege der Bundesgesetzgebung auszuarbeiten.

(2) Neue Bestimmungen sind nach dem Zeitpunkt ihres Erlasses geordnet als Zusätze der Verfassung beizufügen.

Kommentar gemäss den Kommissionsprotokollen

Bei Abs. 1 handelt es sich um eine technische Vorschrift.

Mit der provozierenden Bestimmung in Abs. 2 wollte Imboden dazu beitragen, dass die Klarheit und Übersichtlichkeit der Verfassung gewahrt bleibt. Er verwies auf die Vereinigten Staaten, wo die neuen Bestimmungen als Zusätze, sog. Amendments, der Verfassung beigefügt werden.

Quelle: BAR, E4110B#1982/163#49*, S. 70; 7. Sitzung vom 18./20.11.1968 in Basel, 3. Protokoll.

Art. 51: Gesamtrevision [≈ Art. 59 BV-E 1959]

(1) Die Gesamtrevision der Verfassung ist auf dem Wege der Bundesgesetzgebung zu beschliessen.

(2) Ist die Gesamtrevision beschlossen, so ist ein Verfassungsrat zu bestellen. Der Verfassungsrat entspricht nach Zusammensetzung und Wahl der Vereinigten Bundesversammlung. Mitglieder anderer Bundesbehörden, ausgenommen des Bundesrates, sind in den Verfassungsrat wählbar.

(3) Der Verfassungsrat legt seinen Entwurf Volk und Ständen vor.

Ankara, 30. September 1967: überarbeitet am 23. Oktober 1967.

Kommentar gemäss den Kommissionsprotokollen

Imbodens Hauptgedanke war die Bestellung eines Verfassungsrates. Damit verbunden ist die Frage, welche Massnahmen im Hinblick auf eine mögliche Totalrevision zu treffen sind. Der Verfassungsrat, so wie er in Abs. 2 vorgesehen ist, ist ein Gremium, welches nach Zusammensetzung und Wahl dem Parlament entspricht. Es tritt in Bezug auf einen ganz bestimmten Auftrag, nämlich die Gesamtrevision der Verfassung, an die Stelle des Parlamentes. Beinahe alle Kantonsverfassungen sahen damals [in den 1960er-Jahren] die Möglichkeit der Einsetzung eines Verfassungsrates vor. Er war überzeugt, dass die Bundesversammlung nie in der Lage sein werde, die Totalrevision der Bundesverfassung durchzuführen. Das geltende Differenzbereinigungsverfahren verunmögliche die Behandlung und Durchführung einer Totalrevision durch das Parlament. Bestärkt wurde Imboden in dieser Auffassung durch seine Tätigkeit im Basler Verfassungsrat. Im Zweikammersystem liesse sich eine Totalrevision nicht durchführen.

Dass der Bundesrat nicht in den Verfassungsrat wählbar war, hatte seinen Grund in Imbodens Erfahrungen mit dem Basler Verfassungsrat. Das Vorhandensein einer Regierung mit Führungsfunktion ist, seiner Meinung nach, dringend notwendig. Die Arbeiten in den Ausschüssen des Basler Verfassungsrates hätten gelitten, da keine eigentliche Führung bestanden hatte. Stadler hingegen vertrat die Meinung, dass mit der Konzeption des Verfassungsrates die Idee verbunden sei, dass keine Regierung bestehe. Seines Erachtens sollten Bundesräte auch gewählt werden können. Die Lösung, wonach in verschiedenen Kantonen die Mitglieder der Exekutive in den Verfassungsrat wählbar seien, war für Imboden nicht mehr vertretbar. Bei diesen Fällen würde es sich um ein historisches Relikt aus der Zeit um 1830 handeln, als die Gewaltentrennung noch nicht bestand. Auch Harald Huber war der Ansicht, dass sich der Bundesrat auf seine Regierungsfunktion beschränken und seine eigenen Vorschläge dem Verfassungsrat gegenüber vertreten sollte. Dies wäre eine konsequente Lösung.

Harald Huber pflichtete zudem Imbodens Äusserungen bei, wonach das Parlament mit der Gesamtrevision überfordert wäre. Auch Wahlen war davon überzeugt. Er fragte sich, ob gar auf dem Wege der Partialrevision ein solcher Rat vorzusehen wäre.

Quelle: BAR, E4110B#1982/163#49*, S. 70 ff.; 7. Sitzung vom 18./20.11.1968 in Basel, 3. Protokoll.

Literatur über Max Imboden und seine Werke seit der Gedenkschrift «Der Staat als Aufgabe» von 1972

DAUM MATTHIAS, Helvetisches Malaise, Die Zeit, 18.6.2014, S. 11.

ENGI LORENZ, Max Imboden (1915–1969), ius.full 2/10, S. 74–77.

IMBODEN DIETER M., Max Imboden, der Unbekannte, Vortrag an einem Anlass zu Ehren von Max Imboden an der Juristischen Fakultät der Universität Basel am 26. Januar 2012, abgedruckt in: Commentationes Historiae Iuris Helveticae, Band 9, Bern 2012, S. 165–180.

KLEY ANDREAS, Geschichte des öffentlichen Rechts, Zürich/St. Gallen 2015, 2. Aufl., S. 398–415.

DERS., Max Imboden, Aufbruch in die Zukunft, in: Häberle Peter/Kilian Michael/Wolff Heinrich, Staatsrechtslehrer des 20. Jahrhunderts, Berlin/Boston, 2015, S. 877–890.

DERS., Max Imboden, in: Historisches Lexikon der Schweiz, Band 6, Basel 2007, S. 587.

KÖLZ ALFRED, Das „Helvetische Malaise" von Max Imboden, Alfred Kölz (1944–2003), Beobachtungen, Zürich/St. Gallen 2008, S. 23–27.

KREIS GEORG, Das Helvetische Malaise. Max Imbodens historischer Zuruf und seine überzeitliche Bedeutung, Zürich 2011.

DERS., Max Imboden als engagierter Staatsbürger, Vortrag an einem Anlass zu Ehren von Max Imboden an der Juristischen Fakultät der Universität Basel am 26. Januar 2012, abgedruckt in: Commentationes Historiae Iuris Helveticae, Band 9, Bern 2012, S. 141–144.

KUNZ ROLAND, Max Imboden als Lehrer des öffentlichen Rechts an der Juristischen Fakultät der Universität Basel, Vortrag an einem Anlass zu Ehren von Max Imboden an der Juristischen Fakultät der Universität Basel am 26. Januar 2012, abgedruckt in: Commentationes Historiae Iuris Helveticae, Band 9, Bern 2012, S. 145-163.

SCHINDLER DIETRICH (jun.), Max Imboden (1915-1969), in: Merz Hans/Schindler Dietrich/Walder Hans Ulrich (Hrsg.), Juristengenerationen und ihr Zeitgeist, Zum 200-jährigen Bestehen des Verlages Schulthess, Zürich 1991, S. 191-193.

Prof. Dr. Felix Hafner
Prof. Dr. Andreas Kley
Prof. Dr. Victor Monnier
PD Dr. Stefan G. Schmid

COMMENTATIONES HISTORIAE IVRIS HELVETICAE

Die CHIH erscheinen neu primär als Online-Publikation. Sie werden folglich ab der vorliegenden Nummer XVI elektronisch veröffentlicht und stehen einer interessierten Leserschaft sogar kostenlos zur Verfügung. Sie bleiben aber trotz dieser neuen Publikationsform ihren Inhalten treu. Auch in der vorliegenden Ausgabe wird ein thematisch weiter Bogen über verschiedene Epochen der Rechtsgeschichte gespannt. Chronologisch betrachtet setzen die Beiträge bei der altägyptischen Rechtsgeschichte ein, behandeln dann das französische Kolonialrecht und die Schweizer Institutionen des 19. Jahrhunderts und enden schliesslich im 20. Jahrhundert mit der Präsentation eines Verfassungsentwurfs des ehemaligen Basler Staats- und Verwaltungsrechtslehrers Max Imboden.

Les CHIH paraissent désormais principalement en ligne. La publication électronique des numéros XVI et suivants permet de mettre gratuitement ces articles à la disposition du public intéressé. Malgré cette nouvelle forme de publication, les CHIH restent fidèles à leur contenu. Présentées dans l'ordre chronologique, les contributions de la présente édition couvrent en effet un large éventail de thématiques, abordant différentes époques de l'histoire du droit. Ainsi, cette édition commence par l'histoire du droit de l'Egypte ancienne, se poursuit avec le droit colonial français et les institutions suisses du XIXe siècle et se termine au XXe siècle avec la présentation d'un projet de constitution de Max Imboden, ancien professeur de droit public et de droit administratif à Bâle.

Le Commentationes sono ora pubblicate online. Da questo numero XVI in poi saranno pubblicate in forma elettronica e saranno messe gratuitamente a disposizione dei lettori interessati. Nonostante questa nuova forma di pubblicazione, le Commentationes rimangono fedeli al loro contenuto. Questo numero copre un'ampia gamma di argomenti di diversi periodi della storia del diritto. Come nei fascicoli precedenti, vari temi sono discussi. Da un punto di vista cronologico, i contributi iniziano con la storia del diritto egiziano antico, poi si interessano al diritto coloniale francese e alle istituzioni svizzere del XIX secolo, per finire nel XX secolo con la presentazione di un progetto di costituzione da parte di Max Imboden, già professore di diritto pubblico e amministrativo a Basilea.

Toutes nos publications sont en accès libre et gratuit sur
Alle unsere Publikationen sind frei erhältlich unter

www.ejl-fjv.ch

ISBN 978-2-88954-010-5 (print)
ISBN 978-2-88954-011-2 (PDF)





